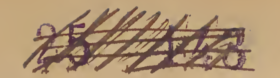

JURISPRUDENCIA
CIVIL
86









BIBLIOTECA JURÍDICA

DE LA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

(SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA)

JURISPRUDENCIA CIVIL

86

37 ⟷ 86

JURISPRUDENCIA CIVIL

COLECCIÓN COMPLETA

DE LAS

SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

EN RECURSOS DE NULIDAD, CASACIÓN CIVIL É INJUSTICIA NOTORIA,
Y EN MATERIA DE COMPETENCIAS,
DESDE LA ORGANIZACIÓN DE AQUÉLLOS EN 1838 HASTA EL DÍA:
RESOLUCIONES HIPOTECARIAS DICTADAS POR LA DIRECCIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PENÍNSULA
Y LA DE GRACIA Y JUSTICIA DEL MINISTERIO DE ULTRAMAR,
Y FALLOS DEL SUPREMO TRIBUNAL DE LA ROTA, CUYA PUBLICACIÓN SE AUTORICE.

Publicada por la Dirección
de la
REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURSPRUDENCIA

TOMO 86
(1.° de 1899)

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de J. M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro
1899

JURISPRUDENCIA CIVIL

Núm. 1.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Enero de 1899, pub. el 21 (1).

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Ginés Sáez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en pleito con D. Guillermo Esteban Orchardson.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que son improcedentes los motivos del recurso para cuya alegación se parte de afirmaciones contradichas en la sentencia:

Que la aplicación del art. 1297 de la ley de Enjuiciamiento civil es independiente del caso en que se justifique el fraude de un contrato, aun cuando en él no concurra ninguna de las presunciones enumeradas en el mismo artículo.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Enero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cartagena y la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Guillermo Esteban Orchardson, único interesado de la razón social *Heywoods y Orchardson*, contra D. Alfonso Sáez Escart y D. Ginés Sáez Martínez, jornaleros, vecinos todos de Cartagena, sobre nulidad de una escritura y pago de cantidad; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Ginés Sáez Martínez, representado por el Procurador D. Pedro Mariano Palacios y defendido por el Licenciado D. Ricardo Caltañazor, estándolo el D. Guillermo Esteban Orchardson, único que como recurrido se ha personado en este Tribunal Supremo, por el Procurador D. Luis Montiel y Bonache y el Letrado D. Antonio Rentero y Villota:

Resultando que D. Alfonso Sáez Escart, en escritura pública autorizada en Murcia el 1.° de Diciembre de 1895, vendió á su hijo D. Ginés Sáez Martínez, residente, como aquél, en Cartagena, las embarcaciones denominadas *Fraternidad*, *Progreso*, *Huracán*, *Diluvio*, *Ciclón*, *San Ginés*, *Joven Laura*, *Delfín* y *Torbellino*, en precio de 17.060 pesetas, que confesó tener recibidas:

Resultando que D. Guillermo Esteban y Orchardson, el 21 del citado

---

(1) De estas dos fechas, la primera es la del auto ó sentencia, y la segunda la de su inserción en la *Gaceta*.—(*N. de la R.*)

mes de Diciembre de 1895, acudió al Juzgado de primera instancia de Cartagena en solicitud de que se citase á D. Alfonso Sáez Escart, á fin de que reconociese las firmas puestas al pie de 10 recibos para preparar la acción ejecutiva, y se embargaron los bienes del D. Alfonso preventivamente, por existir motivo racional bastante para creer que los ocultaría ó malbarataría en cuanto tuviera noticias de las diligencias que se incoaban; á lo cual accedió el Juzgado, practicándose el embargo de varias embarcaciones, que se comunicó al Capitán del puerto al objeto de su anotación en las inscripciones respectivas, y se recibió declaración al Don Alfonso Sáez, que negó la autenticidad de las firmas y la certeza de la deuda:

Resultando que con fecha 17 de Enero del siguiente año 1896, el Don Guillermo Esteban Orchardson formuló ante el susodicho Juzgado demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Alfonso Sáez Escart y su hijo D. Ginés Sáez Martínez, con la súplica de que se declarase que el D. Alfonso estaba obligado á satisfacerle las sumas que le facilitó para comprar los barcos embargados, y en su consecuencia, se le condenara á satisfacerlas; que asimismo se declarase rescindible el contrato de venta de la mayor parte de dichos barcos consignado en la mencionada escritura de 1.º de Diciembre de 1895 y se ordenara su rescisión, disponiendo quedase sin valor ni efecto, condenando en costas á los demandados, y pidió se ratificara el embargo preventivo:

Resultando que en apoyo de sus pretensiones sostuvo el demandante, en lo sustancial y atinente al recurso, haber entrado el demandado Don Alfonso Sáez en 1878 al servicio del demandante, en el que continuó durante diecisiete años, cobrando sin interrupción su salario como dependiente; haberse adquirido para la carga y tráfico de minerales y servicio del D. Guillermo, con dinero de éste, los barcos embargados, habiéndose realizado su compra ó construcción, reparación y composturas mediante el D. Alfonso Sáez, que se había captado la confianza de su jefe, recibiendo para dichos encargos, que practicaba personalmente, los fondos necesarios; haber inscrito el D. Alfonso á su nombre los mencionados barcos en la lista de embarcaciones menores de la provincia marítima, en vez de serlo al de Orchardson, que á pesar de ello siempre los utilizó, sin restricción ni pacto alguno, con Sáez, que siguió siendo dependiente de la casa, sin pedir, por no poder hacerlo, liquidación de las utilidades que tales barcos devengaran; no haber hecho sospechar nada que el Don Alfonso, dueño legal de las embarcaciones, aspirase á su dominio real, sin reintegrar en su caso al actor las sumas invertidas en ellas, hasta que en Noviembre de 1895, molestado porque se le ordenara verificar la carga en forma que no le agradó, hizo insinuaciones á otros operarios de que él solo podía disponer de los barcos, incluso para venderlos á su hijo, lo que fué causa del embargo preventivo de que se ha hecho mérito; y haber presentado D. Ginés Sáez en la Comandancia de Marina el mismo día que lo fué el oficio ordenando el embargo, pero dos horas después, la escritura de venta hecha á su favor por su padre; y citó los arts. 1753, 922, núm. 1.º, y 1291, núm. 3.º, del Código civil; alegando que habiéndose realizado la venta entre padre é hijo para procurar la insolvencia del primero y defraudar á Orchardson, era rescindible el contrato:

Resultando que D. Alfonso Sáez Escart, al contestar la demanda, reconoció la certeza de la venta realizada á favor de su hijo, y pidió, por vía de reconvención, á más de solicitar se le absolviera de las pretensiones deducidas de contrario, que se condenara al demandante á pagarle 82.712'85 pesetas, como utilidades líquidas de los susodichos barcos; y á su vez D. Ginés Sáez Martínez pidió también en el escrito de contestación

se desestimara la demanda, con reserva de los derechos al abono de daños y perjuicios, é imposición al actor de perpetuo silencio y las costas; alegando en su apoyo sustancialmente, ser dueño, por virtud de la escritura de 1.º de Diciembre de 1895, de los barcos que le vendió su padre, y haber interpuesto Orchardson la demanda sin saber si D. Alfonso Sáez le debía cantidad alguna, siendo así que para que prosperase la acción rescisoria era preciso, ante todo, demostrar que el vendedor debía al demandante, y que agotados todos los medios legales, quedaba éste sin cobrar, por revestir el contrato realizado carácter fraudulento; é invocó los artículos 1291, núm. 3.º, 1294, 1295 y 1297 del Código civil:

Resultando que al evacuar el traslado de réplica, la parte actora impugnó la reconvención formulada por D. Alfonso Sáez, y seguido el pleito por sus trámites, se practicó en el de prueba la de confesión en juicio, documental, pericial y de testigos, dictando el Juzgado sentencia, por la que declaró que D. Alfonso Sáez Escart estaba obligado á pagar á D. Guillermo Esteban Orchardson, que ejerce el comercio bajo la razón social *Heywoods y Orchardson*, la cantidad que él mismo suministró á aquél para construir y comprar las embarcaciones menores de que se trata; y en su consecuencia, condenó al D. Alfonso Sáez Escart al pago de dicha suma, absolviendo del resto de la demanda al D. Alfonso Sáez y á su hijo D. Ginés Sáez Martínez, y al demandante de la reconvención por aquél formulada, sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que apelado dicho fallo por D. Alfonso Sáez Escart, respecto á la cuantía de la suma que se le condenaba á abonar, y por Don Guillermo Esteban Orchardson, por absolverse á los Sáez de la solicitud de rescisión del contrato de compraventa mencionado, fueron remitidos los autos al Tribunal superior del territorio, el que, después de los trámites de la segunda instancia, llamó á la vista, para mejor proveer, los incidentes de pobreza de los demandados y unos informes periciales, de todo lo que, y por los méritos de autos aparece, según se consigna en la sentencia recurrida: haber recibido D. Alfonso Sáez de la casa comercial de D. Guillermo Esteban Orchardson más de 26.500 pesetas para la adquisición y pago de barcos; haberse apropiado de éstos Sáez Escart, que los inscribió como suyos en la Capitanía del puerto y Comandancia de Marina, sin que mediara donación á su favor por parte de Orchardson, á pesar de lo cual el D. Alfonso no ejecutó acto alguno de dominio sobre ellos, hasta que, inmediatamente después de romper sus relaciones con Orchardson, vendió nueve de dichos barcos á su hijo D. Ginés, por la escritura de 1.º de Diciembre de 1895, la cual, residiendo ambos en Cartagena, donde el D. Alfonso había otorgado las actas notariales de adquisición de los barcos, fueron á autorizar á Murcia; encontrarse los cinco barcos que conservó Sáez Escart abandonados en la playa por inútiles hacía más de tres años, valiendo sus despojos en la fecha de la escritura 145 pesetas 75 céntimos; y haber sido declarados ambos demandados pobres para litigar, á virtud de expediente, en cuya demanda afirmaron, como también lo hicieron los testigos que declararon en él, no tener ellos ni sus hijos más bienes que el producto de su trabajo personal y unos barcos de escasa importancia, y que los dos vivían hacía más de cinco años en una casa, por la que pagaban 10 pesetas mensuales de alquiler:

Resultando que la mencionada Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, con fecha 24 de Marzo del año próximo pasado 1898, dictó sentencia, por la que se declara que D. Alfonso Sáez Escart está obligado á reintegrar á D. Guillermo Esteban Orchardson la cantidad que éste le entregó para adquirir embarcaciones, y se condena al Sáez

Escart á que desde luego pague tal cantidad al D. Guillermo; y asimismo se declara rescindible, por haberse celebrado en fraude del último, como acreedor del D. Alfonso, el contrato de compraventa de nueve de aquellas embarcaciones, otorgado en escritura pública de 1.° de Diciembre de 1895 entre el mismo y su hijo D. Ginés Sáez Martínez; y se manda que por no poder Orchardson cobrar de otro modo su crédito contra el vendedor, sea rescindido dicho contrato, continuando subsistente el embargo preventivo trabado en las embarcaciones á que se refiere, para que su valor pueda aplicarse á las resultas del juicio; sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Ginés Sáez Martínez ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 1295 del Código civil, en su párrafo 2.°, en cuanto el D. Ginés Sáez había adquirido legalmente la propiedad de las naves, concurriendo en el acto la buena fe, que siempre se presume por la ley en tanto no pruebe lo contrario el que la niega, lo cual no había sucedido en el caso de autos; y

Segundo. El art. 1297 del mencionado Código, toda vez que en la escritura cuya rescisión se pretendía de contrario, otorgada con anterioridad á la fecha en que se hizo la reclamación de la deuda, se confesó por el vendedor haber recibido el precio de la cosa vendida, sin que conste nada en contrario, ni se haya probado que la enajenación se hizo á título gratuito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que el Tribunal sentenciador ha estimado por el resultado de las pruebas, con independencia de los casos de presunción á que se refiere el art. 1297 del Código civil, que el contrato de venta celebrado entre D. Alfonso Sáez Escart y su hijo D. Ginés se hizo para defraudar á D. Guillermo Esteban Orchardson, acreedor del primero, con el intento de sustraer de la propiedad legal del vendedor cuanto valioso pudiera haber en ella, constándole al recurrente las relaciones de su padre con el recurrido, sin que contra esta apreciación se haya alegado error ninguno de hecho ni de derecho; y que esto supuesto, caen por su base los dos motivos del recurso, puesto que en el primero se parte de la afirmación, contradicha en la sentencia, de la buena fe del comprador D. Ginés Sáez, y en el segundo se cita como infringido un artículo cuya aplicación es independiente del caso en que se justifique el fraude de un contrato, aun cuando en él no concurra ninguna de las presunciones del mismo enumeradas en el expresado art. 1297;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ginés Sáez Martínez, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la oportuna certificación, acompañada del apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique de Illana y Mier, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 3 de Enero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 2.—TRIBUNAL SUPREMO.—4 de Enero, pub. el 21.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Indemnización de daños.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña Asunción Eguiluz.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que es inadmisible el recurso fundado en supuestos inexactos ó contrarios á la estimación del Tribunal sentenciador, si no se impugna ésta en la única forma que autoriza el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que Doña Asunción Eguiluz Arteaga dedujo en 16 de Mayo de 1895 ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso de esta corte demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando se declarase que la Empresa del Canal de Isabel II era responsable del daño causado en la casa núm. 11 de la calle de San Bernardo de esta capital, propia de la demandante, por la rotura de la cañería principal de la conducción de aguas, ocurrida el día 23 de Marzo de 1893 en la confluencia de dicha calle y la de la Flor baja, condenando, por tanto, á la citada Empresa á satisfacer á la Doña Asunción la cantidad en que, previa tasación pericial, fueran estimados los daños y perjuicios causados en la aludida finca, con imposición de las costas:

Resultando que admitida la demanda, se personó en los autos, previo emplazamiento, el Abogado del Estado, en representación de éste, sustanciándose el juicio por sus trámites correspondientes, y dictando el Juzgado en 4 de Enero de 1898 sentencia, en la cual declaró que la Empresa del Canal de Isabel II es responsable del daño causado en la casa antes expresada, propiedad de la Doña Asunción Eguiluz y Arteaga, por virtud de la indicada rotura, y condenó al Estado, por la representación que ostenta de dicha Empresa, á que pague, como indemnización de perjuicios, á la demandante la cantidad en que, previa justa tasación, se estimasen aquéllos en el período de ejecucion de la sentencia. sin hacer expresa condenación de costas; cuyo fallo, en virtud de apelación interpuesta por el Abogado del Estado, fué confirmado por la Sala segunda de lo civil de esta Audiencia en sentencia que dictó en 22 de Junio último, sin hacer especial imposición de costas de ninguna de las dos instancias, y fijando las bases con arreglo á las cuales debe estimarse la indemnización:

Resultando que el Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación, autorizado por el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. El art. 1902 del Código civil, por haberse interpretado erróneamente y aplicado sin deber haberlo sido al caso del pleito, pues exigiendo tal disposición que resulte una culpa ó negligencia determinada, es visible que no habiéndose podido concretar ninguna de ellas en que hubiera incurrido la Empresa del Canal de Isabel II, no hay términos hábiles para mantener el fallo recurrido; y

Segundo. El art. 1903, párrafo quinto, del mismo Código civil, también por indebida aplicación al caso de autos, porque el Estado no ha obrado por medio de un agente especial en los hechos á que se refiere

el pleito, y de consiguiente, no le cabría tampoco la responsabilidad señalada en el citado artículo, cuya infracción se alega:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que es inadmisible el recurso interpuesto por el Abogado del Estado en los dos motivos que contiene, porque el primero se basa en el supuesto, contrario á la estimación del Tribunal sentenciador, de no haber sido producido el daño por culpa ó negligencia de la Empresa del Canal de Isabel II, sin impugnar dicha estimación en la única forma que autoriza el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil; y porque el segundo parte de otro supuesto inexacto, pues en la sentencia recurrida no se condena al Estado como responsable subsidiariamente de actos realizados ú omisiones de agente ninguno especial suyo, sino en concepto de responsable directo de los daños causados, invocando al efecto el art. 1902 del Código:

Visto lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729 de la expresada ley de Enjuiciamiento;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el Abogado del Estado, á quien se condena al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 4 de Enero de 1898.—José de Aldecoa.—Ricardo Gullón.—Francisco Toda.—Joaquín González de la Peña.—Pedro Lavín.—Enrique de Illana y Mier.—Gonzalo de Córdoba.—El Relator, Marcelino San Román.—Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 3.—TRIBUNAL SUPREMO.—4 de Enero, pub. el 27.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesetas.* — Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Manuel Angulo contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, en pleito con D. Luis Caso y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que para que proceda el recurso de casación por errónea interpretación de una cláusula testamentaria, es preciso que la aplicación de ésta se haya hecho contradiciendo manifiestamente la voluntad del testador, supuesta la claridad de sus términos ó la racional inteligencia que deba darse á la misma, según el sentido de otras que con ellas se relacionen:

Que no concurriendo estas circunstancias, no puede estimarse la infracción del art. 665 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Enero de 1899, en el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de primera instancia de Oviedo y la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, promovido por D. Manuel Angulo López, cochero, vecino de dicha ciudad, contra D. Luis Caso de los Cobos, propietario, de la misma vecindad, y D. Ramón Suárez de León, también propietario, vecino de Infiesto, como testamentarios del Marqués de Vista Alegre, sobre pago de pesetas, procedentes de salarios y de un legado; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el deman-

dante, representado y defendido por el Procurador D. Celestino Armiñán y el Licenciado D. Antonio Sendras y Burín; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que D. Manuel Angulo López formuló en 8 de Agosto de 1896, ante el Juzgado de primera instancia de Oviedo, demanda ordinaria de mayor cuantía contra los albaceas del Marqués de Vista Alegre, D. Ramón Suárez de León y D. Luis Caso de los Cobos, solicitando que se les condenase al pago de 36.625 pesetas 80 céntimos, con el interés legal desde 7 de Agosto de 1893, y si no se conformasen con esta cantidad, al de la que resultara de la oportuna liquidación que á tal efecto habría de practicarse:

Resultando que en apoyo de su pretensión expuso el D. Manuel Angulo como hechos fundamentales de la demanda: que en 30 de Julio de 1874 entró al servicio del Marqués de Vista Alegre en concepto de cochero, con un salario de 12 reales diarios mientras no saliera de Oviedo, y el mismo salario y mantenido cuando tuviera que salir de aquella capital; que en 22 de Octubre siguiente se modificó la forma de retribución antedicha, estipulándose que, toda vez era soltero, viviría en la casa del Marqués, comiendo como los demás criados, disfrutando 6 reales diarios de sueldo y percibiendo 12, según el primitivo convenio, en las temporadas que estuviera fuera de la población; que dada la costumbre que el Marqués tenía de pasar los inviernos en Aranjuez y Madrid, le acompañaba siempre en calidad de ayuda de cámara, sin dejar de prestarle los oficios de cochero; que al cumplir en 1875 el primer año de servicios, reclamó del apoderado general del Marqués la liquidación de su cuenta, que no le fué entregada hasta 1879, quedando por resultado de la misma en poder de dicho apoderado 4.000 y pico de reales, que le serían satisfechos cuando los reclamase; que en esa cuenta se le liquidaban sus salarios á razón de 6 reales diarios, prescindiendo de los otros 6 que debiera percibir en el largo tiempo que prestó al Marqués sus servicios fuera de Oviedo, y los cuales no cobró, esperando que en su día se le abonasen, previa liquidación, lo cual no hizo el Marqués ni después sus testamentarios; que de los diecinueve años y meses que desempeñó los cargos de cochero y ayuda de cámara del Marqués, calcula prudencialmente que éste permaneció fuera de Oviedo doce años, adeudándosele por tal concepto 6.570 pesetas; que el Marqués falleció en Infiesto el 7 de Agosto de 1893, bajo dos testamentos que otorgó, uno en 11 de Enero de 1877 y otro el mismo día de su fallecimiento; que en el primero y su cláusula 19.ª legó y mandó á cada uno de los criados domésticos de ambos sexos que estuviesen á su servicio el dia de su fallecimiento la cantidad de 20.000 reales, además de lo que á cualquiera de ellos estuviese expresamente señalado en este su testamento; y que en el segundo de éstos, llamado por el mismo testador apéndice del primero, había una cláusula que dice: «A mis criados que estén á mi servicio al tiempo de mi fallecimiento, la cantidad de 1.000 pesetas, distribuídas entre los dichos para todos ellos, sumando el número de los salarios que les regalo para cada año que todos ellos estuvieren á mi servicio, dándoles además los salarios que no hayan cobrado á mi defunción»; que en su virtud, se le adeudaba á la muerte del Marqués el importe de los salarios devengados en servicios que prestó fuera de Oviedo, la cantidad de 5.000 pesetas por consecuencia de la cláusula 19.ª del primer testamento, y por el legado del segundo una suma igual al importe de los salarios devengados y la parte correspondiente de las 1.000 pesetas que habían de distribuirse entre él y otros dos criados por cada año que todos ellos estuvieran al servicio del Marqués; que en 22 de Febrero

de 1896 le entregó el albacea D. Luis Caso de los Cobos 5.000 pesetas por el referido legado del primer testamento y 4.755 con 50 céntimos por el segundo, á razon de 250 pesetas por cada año de servicios; que al otorgar la correspondiente carta de pago por ambas cantidades, manifestó que no renunciaba á la mayor cantidad que pudiera tener derecho á percibir por los mismos ó distintos conceptos que los que recibía, pues se reservaba todos los derechos de que se creyese asistido contra testamentaría; que ésta le adeudaba, por tanto, 6.570 pesetas por los salarios devengados y no satisfechos como precio de los servicios prestados fuera de Oviedo, 16.972 con 50 por los salarios que le regaló el Marqués en la cláusula del segundo testamento, y 17.838 con 80 por la parte correspondiente de las 1.000 pesetas en cada año, formando estas tres partidas un total de 41.381 pesetas 30 céntimos, del que deducidas 4.755 pesetas 50 céntimos, resultaba un saldo á su favor de 36.625 pesetas 80 céntimos, que no le ha sido posible obtener á pesar de cuantas reclamaciones practicó al efecto:

Resultando que conferido traslado de la demanda á los testamentarios del Marqués de Vista Alegre, D. Ramón Suárez de Leon y D. Luis Caso de los Cobos, lo evacuaron, manifestando sustancialmente: que era falso que la última liquidación de salarios del demandante se hubiera practicado en 1879, y que se le debiese dinero alguno por sus servicios, pues Angulo liquidó su cuenta en 1897, recibiendo del Marqués cuanto éste le adeudaba, según recibo que al efecto acompañaron; que desde entonces, á la muerte de aquél, cobró semanal ó mensualmente Angulo sus salarios, no siendo verdad que á partir de esa fecha hiciera reclamación alguna; que además del demandante tenía el Marqués á su fallecimiento otros tres servidores ó criados, y no dos como él dice; que no tenían noticia de que el Marqués hubiera salido de Oviedo después de Julio de 1887; que nada se adeudaba al demandante en concepto de salario, pues se le satisfizo lo correspondiente por legados en uno y otro testamento el 22 de Abril de 1896, según escritura pública otorgada ante el Notario de Oviedo D. Cristeto Alvarez Rayón; que rechazaban, por tanto, la liquidación que se hacía en la demanda, y no había resto alguno á favor del demandante en el pago de legado del segundo testamento, pues ante los términos confusos de la cláusula de su referencia, buscaron los testamentarios una fórmula interpretativa conveniente para los criados, diciendo: primero, 1.000 pesetas distribuídas entre todos, y siendo cuatro, correspondían á cada uno 250 pesetas; segundo, sumando el número de salarios que el Marqués les regaló por cada año que estuvieron á su servicio, y siendo al parecer el ánimo de aquél donarles como salario las 250 pesetas por cada año que le hubieran servido, así lo verificaron los testamentarios, pagando al demandante y á todos los demás, sin que se quejara ninguno hasta que lo hizo el demandante y otra de las criadas, Doña María Díaz Mendívil, que promovió pleito para que se la reconociera como legataria en esa cláusula, pero conformándose con la cuantía asignada por los testamentarios á cada criado, y que decía era equitativa y favorable á los sirvientes; y después de exponer diferentes consideraciones legales, terminaron los demandados su escrito de contestación, suplicando se les absolviese de la demanda, con expresa imposición de costas al actor:

Resultando que renunciado el traslado de réplica, y no consentido, por tanto, el de dúplica, se recibió el pleito á prueba, practicándose, entre otras, compulsa del pleito promovido por Doña María Díaz Mendívil con los testamentarios del Marqués de Vista Alegre, sobre pago de un legado, en la parte referente á las donaciones y legados hechos por el

Marqués á su criada la Doña María Díaz Mendivil y á los demás que estuvieran á su servicio al tiempo de fallecer, de cuyos particulares resulta calculado en 5.643 pesetas 92 céntimos el importe de los salarios y la participación que correspondía á la Doña María por las 1.000 pesetas, si se sumaban los de todos los criados y luego se distribuía entre ellos, y en 4.933 pesetas 62 céntimos si á aquélla participación se agregaban los que la misma percibió; dictándose en 20 de Julio de 1896, sentencia, que condenó á los albaceas del Marqués á que pagasen á la Doña María 5.643 pesetas 92 céntimos:

Resultando que dada al juicio la ulterior tramitación correspondiente á dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Oviedo, en sentencia de 19 de Abril último, confirmó, con las costas de la segunda instancia al apelante, la sentencia del Juzgado, por la que se absolvió á D. Ramón Suarez de León y D. Luis Caso de los Cobos, como albaceas del Marqués de Vista Alegre, de la demanda que les promovió D. Manuel Angulo López sobre pago de pesetas procedentes de salarios y de un legado·

Resultando que D. Manuel Angulo López ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando como única infracción la del art. 675 del Código civil, con arreglo al cual, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador», y «en caso de duda, se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento»; en cuanto la Sala sentenciadora declara sin lugar la demanda formulada por el recurrente, toda vez que para fallar de esta suerte ha sido necesario separarse de aquel precepto legal, restringir el sentido gramatical de las palabras empleadas por el.Marqués de Vista Alegre en su testamento, y torcer la voluntad del testador, cuya liberalidad no se compagina con la interpretación estrecha que da la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo á la cláusula del segundo testamento.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que para que proceda el recurso de casación por errónea interpretación de una cláusula testamentaria, es preciso que la aplicación de ésta se haya hecho contradiciendo manifiestamente la voluntad del testador, supuesta la claridad de sus términos ó la racional inteligencia que deba darse á la misma, según el sentido de otras que con ellas se relacionen; y que en el caso del presente recurso la cláusula del testamento del Marqués de Vista Alegre, que sirve de fundamento á la acción ejercitada por D. Manuel Angulo López, no sólo no expresa claramente lo que éste supone, sino que tampoco puede entenderse por ninguna otra que la voluntad del testador fuese la que el recurrente le atribuye, sin que, dada la oscuridad y deficiencia de sus términos, se pueda excluir racionalmente la interpretacion que á la misma dieron los albaceas de aquél, por cuya razón no se puede estimar la infracción del artículo 675 del Código civil, alegada en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Manuel Angulo López, al que condenamos, si viniere á mejor fortuna, al pago de la cantidad correspondiente, que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; no hacemos condena de costas, mediante haber comparecido sólo en este Tribunal Supremo la parte recurrente; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Francisco Toda.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique de Illana y Mier, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 4 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 4.—TRIBUNAL SUPREMO.—4 de Enero, pub. el 27.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Posesión de bienes hereditarios.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Jaime Varona contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, en pleito con Don Ciriaco del Hoyo y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que al tenor de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando existe falta de personalidad en alguna de las partes ó en el Procurador que la haya representado, cuya falta de personalidad consiste en carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio ó del carácter ó representación con que reclama, no debiendo consiguientemente confundirse este defecto con la falta de acción ó derecho que asista á quien, á pesar de esto, no se le pueda negar ninguna de aquellas condiciones.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Enero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Haro y la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Burgos por D. Jaime Varona Olaste, Abogado, vecino de Treviana—Logroño—, contra D. Ciriaco del Hoyo Cárcamo, D. Angel Pérez Boraita y Ocejo y D. José Aransay Arvea, Presbíteros, Cura aquél y Coadjutores éstos de la iglesia parroquial de dicha villa de Treviana, y D. Manuel Pascual Ibáñez, Cura párroco de Santa Bárbara de la Catedral de Segovia, todos como albaceas testamentarios de D. Gregorio Varona y López Angulo, sobre posesión de los bienes hereditarios de éste; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, que ha interpuesto el demandante, y que sostiene en su representación y defensa el Procurador D. José María Cordón y el Doctor D. Rafael Ureña; representando y defendiendo á la otra parte el Procurador D. Felipe Cano y el Letrado D. Fermín Casado Gómez:

Resultando que en 14 de Febrero de 1881 falleció en Treviana, de donde era vecino, D. Gregorio Varona, Canónigo doctoral que fué de la Santa Iglesia Catedral de Segovia, bajo testamento nuncupativo que tenía otorgado en esta última ciudad á 5 de Septiembre de 1848, ante el Notario que fué de la misma, D. Deogracias Sanz Gil, de cuya última disposición fueron declaradas parte integrante varias cláusulas adicionales que dejó escritas el testador, por auto que dictó el Juzgado de Haro en 5 de Mayo de 1881, mandando que se protocolizasen á continuación de dicho testamento, en el cual dispuso cuanto estimó conveniente acerca de su funeral, misas, mandas, legados y nombramiento de herederos y susti-

tutos de ellos; ordenando en la cláusula 10.ª que cuantas memorias ó cláusulas adicionales puestas y firmadas por él á continuación de la copia auténtica de su testamento ó prevenciones que con su firma se hallasen en su libro de Caja, bien contuviesen nombramiento de herederos ó renovación de los nombrados, mandas ó revocación de las hechas, ú otras declaraciones ó disposiciones, se tuviesen por parte esencial é integrante del mismo testamento, y se guardasen y cumpliesen con tanta exactitud como si en él se insertasen literalmente, pues las daba igual fuerza que á lo contenido en el testamento:

Resultando que el mismo D. Gregorio Varona estampó á continuación de su testamento diferentes cláusulas adicionales, con fechas 9 de Septiembre y 29 de Diciembre de 1848, y en la 18.ª, que lleva la fecha de 8 de Octubre de 1854, dijo lo siguiente: «Usando de las facultades que me reservo en la cláusula 10.ª de este mi testamento para revocar mis herederos, legatarios y demás que dispongo en aquél, y teniendo presente y usando de la facultad que me confieren los arts. 40, 41 y 43 del Concordato reciente de 1851, de que estaba privado por la ley de 27 de Septiembre de 1820, derogada en esta parte por el 45 del mismo, revoco é invalido el nombramiento de mis herederos y sustitutos de ellos que hago en la cláusula 8.ª de dicho mi testamento, y los legados que dejo en otras—menos los que á continuación expresa—; y pagadas otras mandas, únicas que dejo subsistentes, de todos los demás bienes míos, muebles ó raíces, derechos ó acciones, nombro por mi única heredera á mi alma, para que mis testamentarios, que lo serán el Sr. Chantre Doctor D. Dámaso Bueno, el Cura de esta Santa Iglesia Catedral que es ó fuere, mi hermano el Licenciado D. Millán Varona, los Curas de Treviana Don Miguel Sandoval y D. Manuel Gadea y el Beneficiado D. Nicolás Calle, ó sus sucesores en los Curatos, Beneficios y Coadjutorias, como las denomina el Concordato, y resolverán y harán y evacuarán todo lo concerniente á mi testamentaría á pluralidad absoluta de votos—pasándose en caso de empate ó de singularidad por lo que resuelva el Cura más antiguo del pueblo de mi naturaleza—, los inviertan en sufragios por ella, precisamente en la forma que á continuación se expresa, siendo posible, y no siéndolo, por una nueva ley desamortizadora que se erija; manejará mis bienes, rentas y derechos el Cabildo parroquial de mi pueblo, ó sea el Cura y Coadjutores, é invertirán la mitad de sus productos por espacio de treinta años en misas rezadas á cuatro reales y medio de estipendio en altar privilegiado por mi alma, la de mis padres, abuela Doña Emeteria de Poves y tío Arcediano y Prelado de Bribiesca, Don Fernando Poves, y la otra mitad de dicho producto líquido se la entregarán á mis sobrinos carnales, y á sus hijos en su falta, D. Laureano Varona y D. Gregorio Huidobro y Varona, por partes iguales; y si transcurridos dichos treinta años después de mi fallecimiento aun no se pudieran hacer fundaciones religiosas ni pías, ni adquirir bienes raíces las manos muertas eclesiásticas, y si después de fundadas las que yo intento, se echase sobre sus bienes, derechos ó productos cualquiera Autoridad eclesiástica ó civil, aunque sea suprema, quiero que en tal caso sucedan en todos mis bienes y herencia los dichos mis dos sobrinos Don Laureano y D. Gregorio, y á falta de ellos, su descendencia por mitad, invirtiendo en sufragios por mi alma y las de mis padres la mitad de su producto líquido»; continúa diciendo en la misma cláusula 18.ª adicional, que en obsequio de nuestra deprimida Religión Católica, y para suplir de algún modo la falta ó escasez suma de Clerecía que ya se notaba en España, fundaba cuatro capellanías colativas ó eclesiásticas y títulos de ordenación, suplicando á los Prelados respectivos que inter-

pusiesen su autoridad para que se elevaran á esta categoría mediante á ser todas congruas; expresando á continuación cómo habían de ser cada una de ellas, las obligaciones que había de tener el Capellán, la dote que para cada una establecía, así como los llamamientos á su goce entre los descendientes de sus hermanos y forma de provisión, designando las fincas que se habían de adjudicar para ese fin, y la cantidad en metálico y su inversión:

Resultando que en 14 de Octubre de 1896, el Procurador D. Pedro Sáenz López y Quintana, á nombre del albaceazgo del finado Doctoral de Segovia, Doctor D. Gregorio Varona y López Angulo, presentó escrito al Juzgado de Haro, exponiendo: que el Doctor D. Gregorio Varona falleció en 14 de Febrero de 1881 en la villa de Treviana, de donde era vecino, bajo testamento nuncupativo otorgado en Segovia ante el Notario D. Deogracias Sanz, á 5 de Septiembre de 1848, de cuya última disposición fueron declaradas parte integrante varias cláusulas adicionales que en forma de Memoria dejó previstas el testador por auto que dictó aquel Juzgado de Haro en 5 de Mayo de 1881; que de varias cláusulas constaba el testamento nuncupativo, pero bien podía decirse que todas ó casi todas quedaron ineficaces á influjo de las adicionales que constituyen la Memoria; que en efecto, por la 18.ª decreta que revoca el nombramiento de herederos y sustitutos que hacía en la 8.ª y la mayor parte de los legados, condensando su pensamiento en estos términos: «y pagadas estas mandas, únicas que dejo subsistentes, de todos los demás bienes míos muebles ó raíces, derechos ó acciones, nombro por mi única heredera á mi alma, para que mis testamentarios—que lo serán el Chantre Doctor D. Dámaso Bueno, el Cura de esta Santa Iglesia Catedral que es ó fuere, mi hermano el Licenciado D. Millán Varona, los Curas de Treviana D. Miguel Sandoval y D. Manuel Gadea y el Beneficiado Don Nicolás Calle ó sus sucesores en los Curatos, Beneficios ó Coadjutorías, como las denomina el Concordato, y resolverán y harán y evacuarán todo lo concerniente á mi testamentaría, á pluraridad absoluta de votos, pasándose en caso de empate ó de singularidad por lo que resuelva el Cura más antiguo del pueblo de mi naturaleza—los inviertan en sufragios por ella precisamente en la forma que á continuación se expresa, siendo posible...»; que bien penetrado estaba el piadoso institutor de la posibilidad de ejecutar su voluntad decidida y meditada, como decía el mismo en algunos parajes de su escrito; mas no era del momento dilucidar esa cuestión, que resolverían sus testamentarios, como personas respetables, de ciencia y de conciencia; pero consignaría, sin embargo, que por causas largas de explicar había venido sufriendo aplazamientos inconcebibles y obstáculos que habían venido á remover una inteligencia clara y una voluntad enérgica como la del actual Cura párroco de Treviana, auxiliado por sus compañeros de albaceazgo; así fué que en 8 de Octubre de 1895, otorgaron escritura pública de descripción de cuantos bienes, derechos y acciones tuvieron noticia que pertenecían al caudal del renombrado Doctoral de Segovia, D. Gregorio Varona, reservándose en el párrafo inmediato subsiguiente al supuesto décimo, el adicionar cualesquiera otros afectos á esta testamentaría, y singular y especialmente el derecho que les asistía para exigir cuentas á los que habían administrado dichos bienes, porque debía hacer constar que esta colectividad de bienes había estado en administración hasta el fallecimiento de D. Laureano Varona, ocurrido en 14 de Febrero de 1894, y que hoy nadie los posee á título de dueño ni de usufructuario; que el albaceazgo tampoco los posee, ni percibe sus rentas ó utilidades, ni puede aplicarlas al cumplimiento de la disposición testamentaria de D. Gregorio Varona; y

he ahí por qué, no debiendo consentir que continúen en precario, intentaba el interdicto de adquirir como procedimiento el más adecuado para que cese el estado anomalo en que se halla esta universalidad de bienes; y con el fin de obtenerlo, y en observancia del art. 1634 de la ley de Enjuiciamiento civil, presentaba copia fehaciente del testamento y memorias de D. Gregorio Varona, que es el único documento que se exige; pero á mayor abundamiento, acompañaba la escritura de descripción de bienes, inscrita, por los que á aquel partido judicial se refiere, en el Registro de la propiedad; que de conformidad con el art. 1636, ofrecía información de testigos para que declarasen al tenor de las preguntas que formula; y por último, que esa posesión la solicitaba la entidad albaceazgo, que la constituyen D. Manuel Pascual Ibáñez, Curra párroco de la de Santa Bárbara en la Iglesia Catedral de Segovia, y el Cabildo de la de Treviana, ó sean el Cura párroco y Coadjutores D. Ciriaco del Hoyo, D. Angel Pérez Boraita y D. José Aransay Arvea, nombrados después de otorgada la escritura de descripción; cuyos albaceas son universales porque los nombró el testador, porque no instituyó otro heredero que á su alma, y el alma no tiene la personalidad necesaria para representarse por sí sola; que por eso habían sido inscritas y se inscribirían las demás fincas á nombre de los albaceas, según las resoluciones de la Dirección general de los Registros de 5 de Septiembre de 1863, 7 de Enero de 1875 y 30 de Abril de 1878, á diferencia de cuando son albaceas singulares, y por eso llevan y asumen la personalidad de la testamentaría, hoy ya del alma del testador, instituída heredera; alegó diferentes fundamentos de derecho, y concluyó pidiendo que, teniendo por instado el interdicto de adquirir y por ofrecida la información testifical articulada, se sirviera el Juzgado en su día pronunciar auto otorgando al albaceazgo del finado, Doctor D. Gregorio Varona y López Angulo, la posesión en los bienes que constituían su caudal hereditario, mandando que por alguacil, á quien se conferiría comisión al efecto, y por ante el actuario, se procediese á darla en cualquiera de los bienes á voz y nombre de los demás en el pueblo de Treviana, haciendo los requerimientos necesarios á los inquilinos, colonos y llevadores de todo, á fin de que reconociesen por único poseedor al albaceazgo del causante Varona, que lo representaban el Cabildo parroquial de Treviana, compuesto en la actualidad de Don Casimiro del Hoyo, D. Angel Pérez Boraita y D. José Aransay Arvea, y el Cura párroco de la de Santa Bárbara de la Iglesia Catedral de Segovia:

Resultando que admitida la información, en la que declararon cinco testigos vecinos de Treviana, mayores de edad y no comprendidos en las generales de la ley, se dictó auto en 23 de Octubre de 1896, otorgando, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, al albaceazgo del finado Doctor Don Gregorio Varona la posesión de los bienes que constituían su caudal hereditario, y mandando se le diese posesión de ellos en los términos solicitados en el escrito del Procurador Sáenz López, lo cual tuvo lugar en Treviana en 24 del mismo mes por medio del alguacil y Escribano; haciéndose constar que se dió posesión al albaceazgo en una casa en término de Llano, á voz y nombre de todos los demás bienes; y requeridos á continuación, como llevadores de fincas, Doña Francisca Olarte y su hijo D. Jaime Varona—éste por cédula—y otros varios vecinos de Treviana, la Doña Francisca contestó en el acto del requerimiento que no podía reconocer en manera alguna y en absoluto como verdadero poseedor al albaceazgo, como se le ordenaba, en razón á que estaba persuadida de que su hijo D. Jaime tiene legítimos derechos en la herencia de Don Gregorio Varona, como heredero de D. Laureano del mismo apellido:

Resultando que en 15 de Diciembre del mismo año, el Procurador

D. Romualdo Gibaja y Vega, á nombre y con poder de D. Jaime Varona y Olarte, compareció en los autos de interdicto promovido por el albaceazgo del Doctor D. Gregorio Varona, oponiéndose á la posesión dada al mismo, y solicitando que declarando improcedente en la forma é ilegal en el fondo dicho interdicto, se dejase sin efecto la posesión que en los bienes que constituyen el caudal hereditario del finado se otorgó al expresado albaceazgo por auto de 23 de Octubre, mandando que se diese la posesión del mismo caudal á su representado, condenando á los autores del interdicto en todas las costas y á la indemnización de daños y perjuicios: alegó en apoyo de esta pretensión: que era extraño que después de quince años desde el fallecimiento del causante, durante cuyo tiempo nada habían hecho los albaceas, viniesen por medio de la acción interdictal á recabar la posesión de los bienes por aquél relictos, con perjuicio de otra persona que los viene poseyendo, y cuya causa, razón ó motivo no son el robo, el despojo ni la usurpación; que era muy extraño que con el otorgamiento de una posesión obtenida por medio del interdicto de adquirir, á espaldas del poseedor y sin su audiencia, se aspirase á despojar ó á privar á éste del estado posesorio en que por algún tiempo venía permaneciendo, y aun era más extraño todavía si se advierte que se había obrado por los albaceas con notoria infracción de los principios, de las leyes y de las decisiones de jurisprudencia en materia de posesión, que había indicado que el interdicto era improcedente en la forma, y así se desprende del espíritu que informan los arts. 1634 y 1635 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque si, según el primero de éstos, debe presentarse con la demanda una copia fehaciente del testamento del finado, cuyos bienes sean objeto del interdicto; ó de haber fallecido intestado, la declaración de heredero hecha por Autoridad judicial competente, es claro que el solicitante ha de tener la cualidad de heredero ó por testamento ó abintestato, siempre que en este segundo caso haya obtenido la oportuna declaración judicial; y como leído el testamento del Doctor Don Gregorio Varona no resulta que sean herederos de éste los promovedores del interdicto, carecen de título, acción, voz, derecho y recurso para utilizar el interdicto incoado; que la ley señala dos procedimientos para obtener la posesión judicial, uno contencioso y otro de jurisdicción voluntaria: el primero procede cuando los bienes se adquieren por título hereditario, y el segundo cuando no es por tal concepto, y como los albaceas no son herederos por testamento ni abintestato, no procede el interdicto de adquirir; y concretando lo expuesto, fijó como hechos: primero, que D. Jaime Varona y Olarte ha venido poseyendo quieta, pacífica y tranquilamente y sin perturbación alguna por nadie, la universalidad de bienes que constituyen el caudal hereditario de D. Gregorio Varona y López Angulo, habiendo permanecido en tal estado por más de año y día, hasta que el Tribunal la había otorgado, previa demanda de interdicto, al titulado albaceazgo del aludido causante; segundo, que como tal poseedor, el D. Jaime había ejercido actos de verdadera posesión, cobrando rentas, percibiendo productos, administrando y guardando los bienes del caudal y pagando las contribuciones impuestas á los inmuebles; tercero, que el expresado D. Jaime Varona había poseído el caudal del finado Doctor D. Gregorio sin tener los caracteres de procurador, colono, inquilino, arrendatario, ex comodatario, perturbador, despojante ni ladrón; y cuarto, que los titulados albaceas D. Ciriaco del Hoyo, D. Angel Pérez Boraita, D. José Aransay y D. Manuel Pascual Ibáñez, no son herederos testamentarios ni abintestato del repetido D. Gregorio Varona, ni fueron por éste instituídos nominalmente como tales:

Resultando que transcurridos los cuarenta días fijados en los edictos

sin que ninguna otra parte compareciera á sostener la oposición, se entregaron los autos á la representación de los demandantes, á los efectos del art. 1642 de la ley de Enjuiciamiento, y por el término prefijado en el mismo; y evacuando el traslado en escrito de 5 de Enero, pidió se dictase sentencia amparando al albaceazgo en la posesión que obtuvo por auto de 23 de Octubre, desestimando la oposición de D. Jaime Varona, condenando á éste en las costas por su notoria temeridad y reservándole el ejercicio de cuantas acciones se creyese asistido para que las dedujese con arreglo á la ley, exponiendo sustancialmente en apoyo de esta pretensión: que no era cierto que el albaceazgo hubiera dejado de preocuparse durante quince años del cuidado y posesión de los bienes que constituían el caudal hereditario, como lo demostraba que á raíz de la muerte del testador, sus albaceas confirieron poder para administrarlos á D. Laureano Varona, que vino desempeñando la administración hasta su fallecimiento, ocurrido en 14 de Febrero de 1894; que este hecho no podía negarle D. Jaime Varona, por haber sido el que, á petición del actual Cabildo de Treviana, había presentado las cuentas de administración desde el año 1881 á 1894; que no dicen los albaceas, como supone D. Jaime Varona, que ellos hayan sido instituídos nominalmente, pues al ejercitar la acción interdictal lo han hecho en representación del alma del testador, única heredera instituída, y como ésta no tiene la personalidad necesaria para representarse por sí sola, necesita que la represente la entidad demandante; que en el caso de autos no se trata de adquirir la posesión de ciertas y determinadas fincas, sino de una universalidad de bienes del caudal hereditario del causante; que D. Jaime Varona no había poseído ni por año y día, ni por un instante, el caudal hereditario de D. Gregorio Varona, siendo incierto que no se le hubiese perturbado en su detentación, pues sin cesar se le habían estado haciendo reclamaciones de palabra y por escrito desde la muerte de su causante D. Laureano, resistiéndose á dar cuentas de la administración hasta que las presentó sin comprobante alguno, pero comprensivas desde el óbito del Doctoral hasta el 30 de Junio de 1894; que no obstante titularse Don Laureano heredero eventual, sólo manejó los bienes en concepto de administrador y mandatario del albaceazgo, y en tal concepto formó las cuentas de su administración, y á su muerte continuó administrándolos de hecho su heredero D. Jaime Varona, cargando éste en cuenta á la testamentaría los gastos de cultivo y demás expensas, y cobrando derechos de administración por la mitad del año 1894; y que pasados dos novenarios desde la muerte del D. Laureano, el Cura párroco de Treviana y sus compañeros de Cabildo, queriendo recabar la administración del caudal, toda vez que con la muerte del mandatario se había extinguido el mandato, dirigieron varias cartas á D. Jaime Varona, como heredero de aquél, pidiéndole rindiera cuentas é hiciese entrega de los bienes y documentos, y desde entonces no habían cesado las reclamaciones judiciales y extrajudiciales, figurando entre las primeras el acto de conciliación celebrado en 5 de Enero de 1895, todo lo cual demostraba de un modo concluyente que no era cierto se le hubiese mantenido en posesión quieta y pacífica y sin perturbación alguna, como afirmaba el Procurador Gibaja en el hecho primero de su escrito de oposición:

Resultando que convocadas las partes al juicio verbal que previene la ley, tuvo lugar en el día señalado, con asistencia de los Abogados y Procuradores, y practicadas las pruebas que en aquel acto se propusieron, el Juez de primera instancia de Haro, en 2 de Octubre de 1897, dictó sentencia, por la que declaró no haber lugar á la oposición formulada y pretensión deducida por el Procurador Gibaja á nombre de D. Jaime Va-

rona y Olarte; amparando en la posesión al albaceazgo del Doctor Don Gregorio Varona y López Angulo, que la obtuvo en virtud del auto de 23 de Octubre de 1896, sin perjuicio de la acción de propiedad, durante cuyo juicio debería conservarse en la posesión al expresado albaceazgo; y no se hizo especial imposición de costas:

Resultando que confirmada esta sentencia, con las costas de la segunda instancia á cargo del apelante D. Jaime Varona, por la que dictó la Audiencia de Burgos en 17 de Junio último, el Procurador D. Nicolas Pérez de León, á nombre del mismo D. Jaime Varona y Olarte, presentó escrito con fecha del 28, interponiendo contra dicha sentencia el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que autoriza el párrafo segundo del art. 1694 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundándole en la falta de personalidad de la parte demandante para proponer el interdicto, que constituye el segundo motivo de casación que determina el artículo 1693 de la repetida ley, y cuya falta de personalidad había sostenido y protestado esta parte, lo mismo en la primera que en la segunda instancia de este pleito; que apoya esta falta sustancial del procedimiento la absoluta incapacidad de los demandantes para interponer el interdicto, por carecer, como carecen, del título de herederos de los bienes cuya posesión piden, único carácter con que la posesión puede pedirse por el medio que ellos habían utilizado; y que esta incapacidad existe, y es causa bastante para determinar el quebrantamiento de forma, lo comprueban las sentencias dictadas por este Tribunal Supremo en 31 de Diciembre de 1890 y 18 de Abril y 4 de Noviembre de 1885, declarando que existe esa incapacidad, y por lo tanto, esa falta de personalidad en casos análogos al que en este pleito se ha debatido; que así se había sostenido por esta parte en la primera instancia de este juicio desde el escrito de 15 de Diciembre de 1896, en el acto del juicio verbal y en la vista de segunda instancia, en la que se pidió por la representación de D. Jaime Varona se hiciese constar su protesta para los efectos del recurso de casación en la forma; y tanto más justificaba esa falta de personalidad el hecho de que los mismos demandantes, haciéndose cargo de este defecto de personalidad, habían invocado y sostenido que no pretendían la posesión para ellos personalmente como individuos poderdantes, sino para una colectividad ó cabildo, que por no tener ni haber justificado personalidad jurídica, es claro que no puede tener la capacidad legal que determina la personalidad de las partes litigantes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que al tenor de lo dispuesto en el núm. 2.° del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando existe falta de personalidad en alguna de las partes ó en el Procurador que la haya representado, cuya falta de personalidad consiste en carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio ó del carácter ó representación con que reclama, no debiendo consiguientemente confundirse este defecto con la falta de acción ó derecho que asista á quien, á pesar de esto, no se le pueda negar ninguna de aquellas condiciones, cuya doctrina se corrobora en las mismas sentencias, entre otras, que se citan en este recurso:

Considerando que D. Manuel Pascual Ibáñez, D. Ciriaco del Hoyo, D. Angel Pérez Boraita y D. José Aransay y Arvea, á cuyo nombre solicitó su Procurador la posesión de los bienes que constituían la herencia de D. Gregorio Varona por medio del interdicto de adquirir, no lo hicieron como herederos, sino con el carácter de albaceas nombrados por el testador para que ejecutasen su voluntad, sin que resulte desconocido ó impugnado tal carácter, respecto del que se afirma en la sentencia recu-

rrida que *aparecía cumplidamente justificado por las certificaciones aportadas á los autos, que las personas que hoy representan al albaceazgo desempeñan los cargos en quienes por expresa voluntad del testador ha de recaer el nombramiento de albaceas:*

Considerando que el recurso sostenido por la representación de Don Jaime Varona se apoya fundamentalmente en el supuesto de derecho de que sólo los herederos nombrados en disposición testamentaria ó declarados judicialmente pueden pretender la adquisición de la posesión por este interdicto, según lo prescrito en los arts. 1634 y 1635 de la ley de Enjuiciamiento civil, negando en absoluto á los albaceas facultades para lo mismo; pero como quiera que aun cuando hubiese razón legal para entender así dichos artículos, á pesar de las leyes que regulan las atribuciones de los albaceas en relación con la voluntad del testador, esto sólo significaría que dichos albaceas carecían de acción para obtener lo que los recurridos obtuvieron, sin que dicha supuesta falta de acción signifique ó implique ni la de su capacidad jurídica para comparecer en este juicio, ni la de la verdad del carácter que han ostentado, es evidente que no se ha cometido la infracción de forma imputada al Tribunal sentenciador:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma que ha interpuesto Don Jaime Varona y Olarte, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia territorial de Burgos la correspondiente certificación, devolviéndola los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín=Enrique de Illana y Mier.=Gonzalo de Córdoba.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 4 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 5.—TRIBUNAL SUPREMO.—5 de Enero, pub. el 14.

COMPETENCIA.—*Pago de cantidad.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal de Monóvar la competencia suscitada con el de igual clase de Albacete sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. Francisco Albert contra D. Fernando Valiente.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que con arreglo al art. 1500 del Código civil, en el contrato de compraventa debe pagarse el precio de la cosa vendida en el lugar de la entrega de ésta, no mediando pacto en contrario.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Enero de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, entablada por requerimiento de inhibición del Juzgado municipal de Albacete al de igual clase de Monóvar, en el conocimiento de una demanda de juicio verbal formulada por D. Francisco Albert Payá, comerciante, vecino de la últimamente nombrada pobla-

ción, contra D. Fernando Valiente y Molina, también comerciante, vecino de Albacete, sobre pago de cantidad; cuyas partes no se han personado en este Supremo Tribunal:

Resultando que D. Francisco Albert Payá, en Septiembre del año próximo pasado 1898, remitió desde Monóvar, donde residía, á Albacete, tres barriles de aguardiente á D. Fernando Valiente y Molina, comerciante de dicha capital; girando, para reintegrarse de su importe, una letra de 111 pesetas á ocho días vista, la que fué protestada por falta de aceptación y pago en 4 y 13 de Octubre último, fechas de su presentación y vencimiento, habiendo mediado con tal motivo entre Albert y Valiente varias cartas; referente una de ellas, de D. Francisco Albert, á la remesa del aguardiente y giro de la indicada letra, pero advirtiéndole que, si no le era fácil pagar al contado, le giraría á treinta días fecha; á lo que el 29 de aquel mes contestó Valiente no serle posible satisfacer el importe de dicha letra, y que aun tenía el aguardiente tal como lo había recibido; escribiendo D. Francisco Albert otra carta, en la que le hacía á Valiente la proposición de remitirle una nueva partida de calidad superior á la mencionada, rebajando el precio de ésta, y caso de que no le conviniera tal cosa, le devolvería la ya remitida con los mismos envases:

Resultando que D. Francisco Albert Payá, con fecha 19 del citado mes de Octubre, formuló ante el Juzgado municipal de Monóvar demanda de juicio verbal contra el D. Fernando Valiente en reclamación de 141 pesetas 5 céntimos, como importe de la partida de aguardiente que le tenía remitida y gastos de protesto de la letra que giró para hacerla efectiva; expresando ser aquél el Juzgado competente, por haber sido allí vendido el género y tener en aquella población su domicilio el vendedor, sin que á ello obstase el haber girado una letra, conforme lo tenía resuelto este Tribunal Supremo en sentencias de 11 de Enero, 12 de Mayo y 10 de Julio de 1894, 4 de Junio del 95 y 3 de Noviembre del 96:

Resultando que admitida dicha demanda, se libró para el emplazamiento del demandado el oportuno exhorto, el cual presentó el demandante debidamente cumplimentado, procediéndose, en consecuencia, el 26 de dicho mes de Octubre á la celebración del juicio; en cuyo acto, al que no compareció D. Fernando Valiente, produjo D. Francisco Albert varios de los documentos mencionados en los antecedentes:

Resultando que D. Fernando Valiente y Molina, el 24 del mismo mes de Octubre, antes de la celebración del juicio, compareció ante el Juzgado municipal de Albacete, con la súplica de que requiriera de inhibición al de Monóvar en el conocimiento de la demanda de que se trata, á causa de haber aceptado D. Francisco Albert la cesión que por ser el aguardiente de mala calidad le hizo el demandado, cual lo demostraba una de las cartas que producía; dictando el Juzgado, de conformidad con el Ministerio fiscal, auto, en el que se declaró competente, y mandó se requiriera de inhibición al de Monóvar, considerando, al efecto, tratarse en el caso de autos de un juicio incoado para exigir el pago de una mercancía pedida por el demandado desde Albacete á la villa de Monóvar al demandante, por lo que era Juez competente el de aquella capital, punto en donde debía cumplirse la obligación de pago, máxime cuando así lo tenía reconocido el mismo D. Francisco Albert y Payá al girarle una letra de cambio para su cobro; y citó como vistas las sentencias de este Supremo Tribunal de 12 de Octubre de 1886 y 13 de Julio, 7 de Septiembre y 8 de Octubre del 87:

Resultando que impugnada la inhibición ante el Juzgado de Monóvar por D. Francisco Albert, y oído el Fiscal municipal, que opinó corres-

ponder la competencia al Juzgado requirente, citando la regla 1.ª del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento y el 1171 del Código civil, dictó auto el Juez de Monóvar negando la inhibición, por considerar: que el contrato de compraventa mercantil de donde se derivaba la acción personal entablada en reclamación del precio de la mercancía vendida, se celebró por correspondencia y quedó perfeccionado desde el momento mismo en que el vendedor, ó sea el demandante, remitió el género que el comprador le pedía, por lo que, conforme á lo determinado en el artículo 54 del Código de Comercio, la obligación del pago debe cumplirse en el lugar mismo donde se perfeccionó el contrato, que lo fué en el almacén del vendedor, según también lo tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias de 23 de Febrero, 26 de Abril y 3 de Mayo de 1887, 21 de igual mes del 88 y 18 de Agosto del 92; que la circunstancia de haberse celebrado el contrato por correspondencia no altera su naturaleza, según tiene declarado este Supremo Tribunal en sentencia de 29 de Diciembre de 1894, y en tal caso no podían tener aplicación las sentencias citadas por el Juzgado requirente, pues claramente se deducía de la invocada que las compraventas se hacen directamente por carta, comisionista, apoderado ó personalmente, sin que por ello varíen los efectos ni la naturaleza del contrato; que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1500 del Código civil, todo comprador viene obligado á pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y al no fijarse, en el que se haga la entrega, entendiéndose ser éste el establecimiento mercantil donde consta entregada, desde el momento en que el vendedor la factura y remite á disposición y por cuenta del comprador, por estar así declarado en sentencias, entre otras de este Tribunal Supremo, de 3 de Noviembre de 1896; que no habiendo estipulación en contra, conforme al citado artículo, es Juez competente para conocer de la acción nacida del contrato de compraventa, el del lugar donde se entregó la cosa, según sentencias de 23 de Noviembre de 1891 y 23 de Mayo del 92; que la obligación del pago del precio reclamado debía cumplirse en Monóvar, según la doctrina legal expuesta, por no haber pacto en contrario, tener allí su establecimiento el vendedor y haberse perfeccionado en el mismo el contrato de donde aquélla dimanaba y entregado en él la mercancía por cuenta y riesgo del comprador, caso en el cual, según lo terminantemente dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y que las disposiciones legales citadas por el Ministerio fiscal eran aplicables al presente caso, pero en contrario sentido al expuesto por el mismo, por cuanto antes que al Juez del domicilio del deudor; la ley confiere la competencia al del lugar en que deba cumplirse la obligación, que precisamente, según el art. 1171 del Código civil, debe tener efecto en el lugar donde existía la cosa en el momento de constituirse aquélla por la perfección del contrato, como ocurría en el caso de autos, puesto que la mercancía existía y se compró en Monóvar:

Resultando que el Juzgado de Albacete insistió en el requerimiento de inhibición, fundado en que, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en todo juicio en donde se ejerciten acciones personales es Juez competente para conocer de él el del lugar en que deba cumplirse la obligación, á falta de sumisión expresa ó tácita de las partes; y en que siendo esto así, en los contratos de compraventa de géneros de comercio al fiado, el pago de la cosa vendida debe efectuarse en el lugar donde la misma se entrega, á no ser que se hubiera estipulado lo contrario:

Resultando que, en su consecuencia, cada uno de los predichos Juzgados ha elevado sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo, en el que se ha dado la debida tramitación á los autos, emitiendo dictamen el Ministerio fiscal en el sentido de que procede decidir la competencia á favor del Juzgado de Monóvar.

Siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que, con arreglo al art. 1500 del Código civil, en el contrato de compraventa debe pagarse el precio de la cosa vendida en el lugar de la entrega de ésta, no mediando pacto contrario, y como en el caso presente fué entregado el aguardiente en Monóvar, donde se facturó de cuenta del comprador, es evidente que en dicho pueblo debe hacerse el pago, sin que el giro hecho por el vendedor modifique la obligación expresada, siendo, por tanto, competente el Juzgado municipal de Monovar para conocer del juicio en que se ha promovido esta competencia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos corresponder el conocimiento del juicio verbal de que se trata al Juzgado municipal de Monóvar, al que se remitan las actuaciones procedentes del mismo y las que proceden del de igual clase de Albacete, en cuyo conocimiento se pondrá esta resolución, librándose la correspondiente certificación al de Monóvar á los efectos que haya lugar en derecho; siendo de oficio las costas causadas con motivo de la presente competencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de la fecha, é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 5 de Enero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 6.—TRIBUNAL SUPREMO.—5 de Enero, pub. el 27.

Casación por infracción de ley.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando haber lugar al recurso interpuesto por D. Sebastián y D. Pedro Garet contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña Felicia Donato y otros.

En sus considerandos se establece:

Que el art. 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, después de ordenar que las tercerías pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes á que se refiere, ó de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; por manera que antes de la entrega de la cosa al comprador ó al ejecutante, ó antes del otorgamiento de la escritura, que según el art. 1462 del Código civil equivale á la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta, por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del con-

trato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta, una vez celebrado el remate que sanciona el artículo 1498 de la propia ley procesal, por referirse evidentemente á los contratantes, con exclusión, por lo tanto, de los terceros.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Enero de 1899, en el juicio ejecutivo en vía de apremio, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de su Audiencia territorial por D. Sebastián y D. Pedro Garet Jutglar, ambos labradores, vecino el primero de San Martín Genorts y el segundo de Baleñá, con Doña Felicia Donato y Queraltó, vecina de Barcelona, por sí y como legítima representante de sus hijos menores de edad, D. Ramón, D. Manuel, Doña María Pía, Doña Rosalía de Rosello y Queraltó, y D. Joaquín Costa y Mas, del comercio, vecino de Vich, y D. Antonio Garet y Jutglar, propietario, vecino de Baleñá, sobre pago de cantidad; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Sebastián y D. Pedro Garet y Jutglar, y en su defensa y representación el Doctor D. Salvador Raventós y el Procurador D. Antonio Bendicho; habiendo comparecido en este Supremo Tribunal la Doña Felicia Donato, representada por el Procurador D. Pablo de Figuerola y defendida por el Letrado D. Magín Sandiumenge:

Resultando que D. José Garet y Crespiera falleció en 15 de Abril de 1863, bajo testamento, en el que legó á cada uno de sus hijos Ramón, Juan, Pedro y Sebastián, en pago de todos sus derechos legitimarios, la cantidad de 4.000 pesetas, y á su hijo José la cantidad de 2 pesetas 50 céntimos, por haberle dotado ya al contraer matrimonio; é instituyó heredero universal á su primogénito Antonio Garet y Jutglar, al que correspondieron, entre otros bienes, las fincas llamadas Garet de Baleñá y Can Jordá:

Resultando que dicho heredero, en 19 de Noviembre de 1883, otorgó escritura pública de debitorio á favor de D. Pedro Roselló, hipotecando en su garantía seis fincas, y entre ellas las dos anteriormente mencionadas; y en 16 de Septiembre de 1886, D. Pedro Roselló, fundado en esta escritura, dedujo contra D. Antonio Garet juicio ejecutivo, en que recayó sentencia de remate, por virtud de la cual se subastaron las fincas hipotecadas formando dos lotes, constituído el primero por las dos fincas que dicho Antonio Garet heredó de su padre, junto con otras tres, y el segundo, por la sexta:

Resultando que por fallecimiento de dicho ejecutante compareció en autos su viuda Doña Felicia Donato, por sí y en nombre y como administradora de los bienes de sus hijos menores, D. Ramón, D. Manuel, Doña María Pía y Doña Rosario de Roselló, sacándose á su instancia, por segunda vez, á subasta los bienes embargados, y siendo adjudicado el remate del primer lote á D. Joaquín Costa y Mas en 6 de Junio de 1894:

Resultando que en 20 de este mes D. Pedro Garet y Jutglar dedujo demanda de tercería de dominio, cuya admisión negó el Juez, entre otras razones, porque habiendo sido vendidas las cinco fincas y consumádose la venta después de celebrado el remate, quedaba irrevocable, en conformidad con lo preceptuado en los artículos 1498 y 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, y á salvo el derecho de tercero para deducirlo contra quien y como corresponda; y denegado igualmente el recurso de reposición, interpuso apelación, que fué resuelta por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en auto de 16 de Enero de 1895,

confirmando, con las costas y por sus mismos fundamentos, lo resuelto por el Juez:

Resultando que en autos que en el Juzgado de primera instancia de Vich siguieron D. Ramón, D. José, D. Pedro y D. Sebastián Garet y Jutglar contra su hermano D. Antonio, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 13 de Julio de 1895, condenó á dicho D. Antonio Garet á pagar á cada uno de sus hermanos D. Ramón y D. Pedro, y á los que fueran herederos de su hermana Doña Antonia, el importe de sus derechos legitimarios, declarando que los mismos hermanos Garet tienen preferente derecho al de los acreedores sucesores de D. Pedro Roselló sobre las fincas que forman parte de la herencia de D. José Garet y Crespiera:

Resultando que con testimonio de esta sentencia, los hermanos Don Pedro y D. Sebastián Garet y Jutglar dedujeron ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona en 27 de Febrero de 1896 demanda de tercería de dominio, en la que, después de reseñar el testamento de su padre, D. José Garet y Crespiera, y de manifestar que ni D. Ramón ni D. Pedro habían percibido cantidad alguna por derechos legitimarios; que á pesar de haber recibido cuando contrajeron matrimonio cierta cantidad D. Juan y D. Sebastián, no cubría el importe de sus derechos, y que su hermana Antonia, que falleció sin hijos después que el testador, tampoco había cobrado cantidad alguna en concepto de legítima, siendo por consiguiente acreedores de la misma sus hermanos, que fueron declarados sus herederos abintestato, solicitaron se declarase que en los inmuebles embargados en los referidos autos ejecutivos corresponde un condominio á los demandantes por los derechos legitimarios propios ó adquiridos que tienen en la herencia de su padre; y que no podía seguirse la vía de apremio hasta tanto que se fijara la extensión de aquel condominio, y una vez fijada, se levantase el embargo trabado sobre la porción indivisa de las aludidas fincas que resultase comprendida en el mismo, á no ser que el heredero D. Antonio Garet lo redimiera pagando las legítimas en efectivo ó fincas del patrimonio:

Resultando que el Juzgado admitió la demanda en lo relativo á las fincas Garet de Baleña y Can Jordá, suspendiendo con respecto á las mismas el procedimiento de apremio instado por Doña Feliciana Donato, por sí y en nombre de sus hijos; y por parte de ésta se pidió reforma, pretendiendo se rechazara la demanda de tercería y se mandaran pasar los autos al Notario para el otorgamiento de la escritura; alegando en su apoyo lo dispuesto en los arts. 1498 y 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, el primero de los cuales dispone que, una vez celebrado el remate, quedará la venta irrevocable; y el segundo, que no se admitirá la tercería de dominio una vez consumada la venta de los bienes á que se refiera; pues era evidente que si por el remate se hace la venta irrevocable, su aprobación la consuma, siendo tanto más exacto cuanto que la ley procesal no presupone la posibilidad de que se presente una tercería después de aprobado el remate, puesto que dice que se sustanciarán las tercerías con el ejecutante y ejecutado, y nada dice del rematante; doctrina que había sido sustentada por el mismo Juzgado y por la Audiencia al resolver sobre la tercería de dominio deducida por el propio D. Pedro Garet sobre los mismos bienes que la presente; que además de la combinación de los arts. 1532 y 1537, se deducía que debe rechazarse toda demanda de tercería que no vaya acompañada de un título hábil para acreditar el dominio que se alega; por lo cual, al admitir la tercería en cuestión, se iba contra lo dispuesto en dichos artículos, puesto que los

hermanos Garet presentaban como título la sentencia pronunciada por la Audiencia de Barcelona en 13 de Julio de 1895, y en ella no se hablaba sino del derecho preferente que D. Ramón y D. Pedro Garet, y los que sean declarados herederos de su hermana Antonia, tienen con relación al de los sucesores de D. Pedro Roselló sobre las fincas que forman parte de la herencia de D. José Garet y Crespiera:

Resultando que D. Joaquín Costa utilizó igual recurso de reforma, fundado en análogas consideraciones á las expuestas por Doña Felicia Donato, invocando además el precepto del art. 133 de la ley Hipotecaria, que dispone que no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuviesen fundadas en título anteriormente inscrito; y los demandantes lo impugnaron, alegando: que no debía confundirse el perfeccionamiento de un contrato con su consumación, pues el art. 1498 de la ley de Enjuiciamiento civil se refiere al perfeccionamiento de la venta hecha en subasta, sin tener en cuenta más que la relación jurídica establecida entre el deudor y el rematante, y el 1533 introduce un caso de excepción para el de presentarse un tercero que alegue el dominio de los bienes rematados: disponiendo la ley para el caso de que la tercería resulte procedente, que se admita la demanda mientras se presente antes de consumada la venta ó antes de otorgada la escritura, en cuyo acto se entiende aquélla consumada, tratándose de bienes inmuebles, atendiendo tan sólo á la consumación del contrato; que según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Juez debe admitir siempre las tercerías de dominio, siempre que se acompañe un título, sin que le sea lícito resolver sobre la validez de éste para justificar el dominio, porque sería prejuzgar la cuestión, que debe resolverse en la sentencia; y que los legitimarios son verdaderos condueños de la herencia, y por tanto, la sentencia en que se reconoce á los alegantes el carácter de legitimarios en la herencia de D. José Garet y Crespiera constituye un indiscutible título de dominio:

Resultando que el Juez de primera instancia, por auto de 8 de Abril de 1896, reformó la providencia reclamada, declarando que no había lugar á admitir la demanda de tercería interpuesta por los hermanos Garet, y mandando pasar los autos al Notario para el otorgamiento de la correspondiente escritura; y apelado este auto, fué confirmado, con las costas, por sentencia que en 4 de Febrero de 1897 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona:

Resultando que D. Sebastián y D. Pedro Garet interpusieron recurso de casación, citando como infringido el art. 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque según lo que dispone en la parte pertinente al caso, deben tramitarse las demandas de tercería de dominio siempre y cuando se presenten antes de que esté otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes; toda vez que es evidente que la escritura necesaria para que pueda considerarse consumada la venta no se ha otorgado en el presente caso, puesto que el fallo recurrido manda pasar los autos al Notario para el otorgamiento de dicha escritura; sin embargo de lo cual, rechaza la demanda de tercería, interpretando erróneamente el artículo citado, al considerar consumada la venta antes de otorgarse el oportuno instrumento público.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que el art. 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, después de ordenar que las tercerías pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes á que se refiere, ó de su adjudicación en pago y entrega al ejecu-

tante; por manera que antes de la entrega de la cosa al comprador ó al ejecutante, ó antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo 1462 del Código civil equivale á la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta, por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta, una vez celebrado el remate que sanciona el art. 1498 de la propia ley procesal, por referirse evidentemente á los contratantes, con exclusión, por lo tanto, de los terceros:

Considerando, por lo expuesto, que entablada demanda de tercería de dominio por los recurrentes en el juicio ejecutivo que D. Pedro Roselló promovió contra D. Antonio Garet, después de subastadas las fincas sobre las cuales ostentan aquéllos un derecho de condominio, y después de aprobado el remate en favor de D. Joaquín Costa, pero antes de la escritura pública, que no se ha otorgado aún, es visto que la Sala sentenciadora, al desestimar en admisión dicha demanda, infringe, por errónea interpretación de su texto, el mencionado art. 1533 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se invoca en el único motivo del presente recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Sebastián y D. Pedro Garet; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 4 de Febrero de 1897 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 5 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 7.—TRIBUNAL SUPREMO.—5 de Enero, pub. el 31.

Casación por infracción de ley.—*Defensa por pobre.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Pilar Pastors contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en incidente con D. Guillermo Vienne.

En su considerando único se establece:

Que es improcedente la pretensión de que para obtener el beneficio de pobreza, se rebaje á la interesada que lo solicita de su pensión de Clases pasivas la cantidad que satisface en concepto de descuento, porque no rebajándose para efectos jurídicos de análoga naturaleza el importe de las contribuciones, no cabe que lo sea para el de que se trata el mencionado impuesto, y menos si se tiene en cuenta su especial carácter transitorio y minorable.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Enero de 1899, en el Incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta corte y la Sala primera de lo civil de la Audiencia del

territorio por Doña Pilar Pastors y Carratalá, para litigar en los autos promovidos por D. Guillermo Vienne y Jiménez de Cisneros, Capitán de Ejército, contra la citada Doña Pilar y el Presidente de la Sociedad de Socorros mutuos del Arma de Caballería, D. Pedro Sarrais, vecinos los tres de esta capital, habiendo sido también parte el Abogado del Estado; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto la Doña Pilar, y en su nombre el Procurador D. Eustoquio Manuel Mejía, bajo la dirección del Letrado D. Luis Martorell; estando representado el Estado por el Licenciado D. José Ramón Martínez Agulló, y sin que haya comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que promovido juicio declarativo de menor cuantía por D. Guillermo Vienne contra la Sociedad de Socorros mutuos del Arma de Caballería y contra Doña Pilar Pastors Carratalá sobre pago de pesetas, ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta corte, la última formuló en 11 de Marzo del año anterior demanda incidental de pobreza, exponiendo en los hechos: que no usufructuaba bienes de sus hijos, y sólo contaba como medios de subsistencia con 88 pesetas mensuales, que se la habían de entregar por la Pagaduría de la Junta de Clases pasivas del Ministerio de la Guerra en concepto de viudedad, por haber sido militar su marido; que no pagaba ni había pagado en el año anterior contribución, y que por el cuarto que habitaba satisfacía de alquiler 25 pesetas al mes; y después de citar como fundamentos de derecho los arts. 13 y 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidió por un otrosí se reclamara de oficio la certificación á que hace referencia el caso 6.° del art. 28 de aquella ley:

Resultando que unida á los autos la certificación que acreditaba no satisfacer la demandante contribución alguna en el actual ejercicio, se confirió traslado de la demanda, con emplazamiento al Abogado del Estado, á D. Guillermo Vienne y al Presidente de la Sociedad de Socorros mutuos del Arma de Caballería, D. Pedro Sarrais, á quien se acusó la rebeldía, evacuando el traslado los dos primeros:

Resultando que el Abogado del Estado se opuso á la concesión del beneficio de pobreza pretendido por la Doña Pilar mientras no justificase su derecho á obtenerlo; y el D. Guillermo Vienne lo impugnó también, alegando: que por Real orden del mes de Enero del año último, publicada en el núm. 13 del *Diario Oficial del Ministerio de la Guerra*, se había concedido la pensión de 2.500 pesetas y la bonificación de 833 con 33 céntimos á la demandante, viuda del General de Brigada D. José Huguet Ayuso, y á sus hijas menores por mitad, de donde se infería que aquélla disfrutaba actualmente una consignación de 1.666 pesetas 66 céntimos, muy superior al doble jornal de un bracero de esta localidad; citando como fundamentos de derecho los números 2.° y 3.° del art. 15 de la ley procesal:

Resultando que recibido á prueba el incidente, declararon tres testigos que la Doña Pilar no tenía otros bienes ni rentas que su pensión de viudedad; á instancia de aquélla se testimonió en relación el contrato de inquilinato del cuarto que habita en la calle de Lagasca, núm. 8, sotabanco izquierda, extendido en 1.° de Mayo último, por precio de 300 pesetas anuales; la Contaduría de Clases pasivas certificó de las cantidades que la Doña Pilar había percibido por sí ó en nombre de sus hijas desde 11 de Enero de 1895 á fin de Enero de 1897, correspondientes á la pensión de viudedad que disfrutaba; por el Abogado del Estado se trajo á los autos copia de la hoja del padrón correspondiente á Diciembre de 1895, en que aparece Doña Pilar como cabeza de familia, habitando el cuarto

bajo de la casa núm. 8 de la calle de Rodas, pagando 14 pesetas de alquiler mensual; y, finalmente, solicitó D. Guillermo Vienne, y se trajo más tarde, mediante auto para mejor proveer, una certificación del Ministerio de la Guerra, en la que se inserta la Real orden de 16 de Enero del pasado año, concediendo á Doña Pilar, como viuda de D. José Huguet, la pensión de 2.500 pesetas anuales y la bonificación de 833,33 céntimos, también al año, en participación y por mitad con sus hijas Doña Pilar y Doña Africa, y entenadas Doña Soledad y Doña Patrocinio:

Resultando que sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte pronunció en 26 de Abril de 1898 sentencia confirmatoria de la del Juzgado, que declaró no haber lugar á conceder á Doña Pilar Pastors Carratalá los beneficios de pobreza que tiene solicitados por consecuencia del pleito que entabló D. Guillermo Vienne contra la misma y el Presidente de la Sociedad de Socorros mutuos del Arma de Caballería:

Resultando que Doña Pilar Pastors Carratalá ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los párrafos 1.º y 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Error de hecho en la apreciación de las pruebas resultante de documentos auténticos, que revelan la equivocación evidente del juzgador, porque la Sala sentenciadora, aceptando el criterio del Juzgado, estima que la pensión que disfruta y percibe la recurrente asciende á 1.666 pesetas 66 céntimos, sin tener en cuenta que, deduciendo descuentos y retenciones, queda reducida aquella pensión á 97 pesetas 60 céntimos al mes; y

Segundo. Infracción de los números 2.º y 7.º del art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, al denegar el fallo recurrido la defensa por pobre á Doña Pilar Pastors, que no tiene más medio de subsistencia que el disfrute de una pensión, á la que, por retenciones, descuentos y embargos judiciales, la faltan más de 5 pesetas para igualar, y sobre todo, para superar al doble del jornal que los braceros perciben en esta corte.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la pretensión que se sustenta por medio del presente recurso es sustancialmente la de que para obtener el beneficio de pobreza se rebaje de su pensión á la viuda del General Huguet la cantidad que satisface en concepto de descuento, lo cual hace el recurso improcedente, porque no rebajándose para efectos jurídicos de análoga naturaleza el importe de las contribuciones, no cabe que lo sea para el de que se trata el mencionado impuesto, menos si se tiene en cuenta su especial carácter transitorio y minorable;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Pilar Pastors Carratalá, á quien se condena al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, y á que se dará la aplicacion prevenida en la ley; librándose á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Francisco Toda.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado de la Sala de lo civil del Tri-

bunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 5 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 8.—TRIBUNAL SUPREMO.—10 de Enero, pub. el 27.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de testamento.*—Auto declarando no haber lugar, en parte, á la admisión del recurso interpuesto por Doña Manuela y Doña Rosa María de Lamaur contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Fernando Castillejo y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la circunstancia de estimar la Sala sentenciadora los hechos con otro criterio que el recurrente, puede dar lugar á apreciación jurídica distinta, mas no á la suposición de error de hecho á los efectos de la casación:

Que no es admisible el recurso cuyos motivos contradicen la apreciación de la prueba hecha en conjunto por la Sala sentenciadora, sin otro fundamento que el de deposiciones testificales, inapreciables para el efecto de la admisión, como lo tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

Resultando que el día 11 de Septiembre de 1894 falleció en esta corte Doña Manuela Lemaur y Franchi-Alfaro, natural de la Habana, de ochenta años de edad, viuda, y propietaria, habiendo otorgado en distintas fechas cuatro diversos testamentos: los tres primeros en 21 de Marzo de 1883, 14 de Mayo de 1890 y 3 de Agosto de 1893, respectivamente, ante el Notario de esta corte D. José Gonzalo de las Casas, que da fe en todos ellos del conocimiento, profesión y vecindad de la testadora, y de asegurar ésta y aparecer hallarse en el pleno goce de sus derechos civiles y en su entero y cabal juicio, memoria, entendimiento y habitual estado de salud, y por tanto con la capacidad legal necesaria para hacer testamento; y el cuarto en 14 de Abril de 1894, ante el Notario D. Federico Alvarez, que igualmente da fe del conocimiento de la testadora y de hallarse ésta á su juicio y al de los testigos presenciales del acto, según los mismos aseguran, con la capacidad legal necesaria para testar:

Resultando que en 8 de Mayo de 1894, la misma Doña Manuela de Lemaur otorgó un poder ante el Notario D. Juan Perea á favor de Don Ramón García Ezquerra para que cuidase de la habitación cuarto principal de la casa núm. 95 de la calle Mayor de esta corte, que ocupaba la otorgante, dando instrucciones de lo que habían de hacer ó ejecutar las personas dedicadas al servicio de la poderdante, no permitiendo la entrada en dicho cuarto á otras personas que las que quisiera recibir el apoderado, incluso á los parientes de la otorgante, y si necesario fuese, le autorizaba para que pidiera auxilio á las Autoridades judiciales, gubernativas ó de sus agentes en la forma que le pareciere; siendo testigos instrumentales D. Manuel Menéndez y D. Antonio Sancha, dando fe el Notario del conocimiento y vecindad de la otorgante, y de que á su juicio tenía la capacidad necesaria, sin que le conste nada en contrario:

Resultando que también la Doña Manuela de Lemaur otorgó en 3 de Agosto de 1894 otras dos escrituras de poder ante el Notario D. José

María de la Torre, en la primera de las cuales manifestó este funcionario que la otorgante gozaba plena capacidad legal, según aseguraba y según su juicio, pues aun cuando se hallaba enferma, sentada en un diván, contestaba acorde á todas las preguntas y expresaba su pensamiento con completa fijeza y sin vacilaciones; y en su virtud, deseando formalizar una escritura de mandato, confería poder, que sólo podría ejercitar mientras la mandante se hallara enferma, á D. Ramón García Ezquerra para administrar las fincas que dentro y fuera de Madrid tenía la compareciente, atender á su conservación y mejora, recaudar rentas y productos, cobrar deudas de todas clases y otros particulares que en dicho poder se expresan; del cual fueron testigos instrumentales Don Jerónimo Quintana y García, Cura párroco de Santa María de la Almudena, y D. Diego Jiménez Morales, empleado, estando además presentes en el momento de firmarse esta escritura D. Ramón y D. Dionisio García Ezquerra, Agente de Cambio y Bolsa el primero y Abogado el segundo, quienes como testigos de conocimiento le aseguraron la identidad de la otorgante, firmando los dos primeros por sí y á ruego de la misma, que no podía hacerlo por tener erisipelado el brazo y mano derecha; y en la segunda escritura de poder, después de hacer el Notario la misma manifestación que en la anterior respecto á la capacidad de Doña Manuela de Lemaur, facultó ésta á D. Fernando Castillejo y Vasallo, General de Brigada, para que firmara un talón contra el Banco de España, con cargo á la cuenta corriente de la mandante, por la suma de 40.000 pesetas, que se destinarían á pagar 15.000 pesetas á D. Alfredo Fernández Manglano y 25.000 á D. José María Asuar, Médicos de esta corte; de cuyo poder fueron testigos instrumentales y de conocimiento D. Ramón y D. Dionisio García Ezquerra, firmando éstos por sí y á ruego de la Doña Manuela, que no pudo hacerlo por la misma causa que el anterior:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de Doña Manuela de Lamaur y Franchi-Alfaro en 11 de Septiembre de 1894, sus albaceas universales nombrados en el testamento de 14 de Abril del mismo año, Don Fernando Castillejo y Vasallo, General de Brigada, y D. Jerónimo Quintana y García, Párroco de la iglesia de Santa María la Real de la Almudena de esta corte, con domicilio en la calle Mayor, núm. 95, cuarto entresuelo derecha, procedieron á la liquidación y adjudicación del caudal relicto, resultando de la liquidación particular ó cuenta general practicada por ellos, de los ingresos que habían percibido y gastos que habían satisfecho desde el día del fallecimiento hasta el 10 de Noviembre de 1894, que los ingresos ascendían á 6.397.790 pesetas 20 céntimos, y los gastos á 684.978 pesetas 80 céntimos, resultando un capital existente de 5.712.811 con 40 céntimos.

Resultando que con estos antecedentes, el Procurador D. Luis García Ortega, á nombre y con poder de Doña Manuela y Doña Rosa María Lemaur y Santa Cruz, formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, con fecha 8 de Enero de 1895, para que en su día se declarase la nulidad de los testamentos que aparecían otorgados por Doña Manuela de Lemaur y Franchi-Alfaro en 3 de Agosto de 1893 y 14 de Abril de 1894, como también la de cualquiera otra disposición testamentaria suya á partir desde Octubre de 1892, y por consecuencia, la validez del otorgado por la misma en 14 de Mayo de 1890, que no era objeto de impugnación, condenando á los demandados y albaceas D. Fernando Castillejo y Don Jerónimo Quintana á la devolución y entrega ó restitución á las demandantes en concepto de herederas, y al D. Fernando Castillejo como albacea nombrado en el testamento de 1890, de todos los bienes relictos por Doña Manuela de Lemaur, con sus frutos y rentas percibidos y que hu-

bieran podido percibirse; y en el caso de que no se allanasen los demandados, ó no se diera lugar por sentencia, se declarase abierta la sucesión legítima ó intestada en cuanto al remanente de los bienes, y en cuanto á los que eran objeto de las cláusulas, en todo caso nulas, 10.ª y 9.ª del testamento de 1893 y 9.ª y 10.ª del de 1894, condenando á los demandados á la entrega ó restitución á las demandantes de dichos bienes, con sus frutos y rentas percibidos y debidos percibir, y á la indemnización de daños y perjuicios al demandado que se opusiere á la demanda; todo sin perjuicio de lo demás á que debiera dar lugar la conducta del Cura párroco de Santa María, D. Jerónimo Quintana:

Resultando que repartida la demanda al Juzgado del distrito del Congreso, y conferido traslado de ella á los dos albaceas D. Jerónimo Quintana y D. Fernando Castillejo, lo evacuó á nombre del primero el Procurador D. Fidel Serrano, pidiendo se absolviese á su representado, con imposición á las demandantes de perpetuo silencio y las costas, daños y perjuicios; contestando el Procurador D. Luis Soto, á nombre de D. Fernando Castillejo, en el sentido de que se le tuviese por allanado á la demanda en lo que se refería al testamento de 14 de Abril de 1894, declarándose en su día vigente cualquiera de los anteriores á la citada disposición, ó bien que se abriese la sucesión intestada:

Resultando que dado al juicio la ulterior tramitación correspondiente á dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte pconunció su fallo en sentencia de 13 de Julio de 1897, y revocando la del Juzgado, absolvió á D. Jerónimo Quintana y á D. Fernando Castillejo de la demanda contra ellos interpuesta por Doña Manuela y Doña Rosa María Lemaur y Santa Cruz, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña Manuela y Doña Rosa María Lemaur Santa Cruz han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, autorizado por los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando, entre otros motivos, los dos siguientes:

Tercero. Error de hecho que resulta del testimonio de causa criminal seguida en el Juzgado de Astorga contra D. Jerónimo Quintana, entonces Párroco de Rosales, y otro; porque consignándose en uno de los hechos de la demanda que el D. Jerónimo Quintana estuvo preso en Astorga, la Sala sentenciadora, en vez de apreciar la certeza de este hecho probado, estima que con ese precedente se ha intentado cubrir de sombras injustificadamente al D. Jerónimo, siendo así que del referido testimonio aparece que se decretó la prisión en causa por envenenamiento de Celedonio Silván; que la prisión se llevó á efecto por la Guardia civil, y que en prisión estuvo más de año y medio; y

Cuarto. Error de hecho dimanante de consignar en el resultando décimoséptimo y apreciar en el considerando tercero la concordancia de detalles de la declaración del Notario y testigos del testamento de 1894, relativamente á su otorgación, á la capacidad legal de la testadora y á lo que del testamento mismo aparece; apreciación de hecho que resulta en contradicción con lo consignado en las declaraciones del testigo Don Gervasio Manuel Salazar, del albacea D. Jerónimo Quintana y del Notario autorizante:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso en cuanto á los dos expresados motivos y al señalado con el núm. 11, se han traído los autos á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la Sala sentenciadora no niega ni desconoce el hecho de la prisión á que se refiere el motivo tercero del recurso, y si lo

estima con otro criterio que el recurrente, esto podría dar origen á apreciación jurídica distinta, mas no á la suposición de error de hecho, única sobre que establece dicho motivo; y

Considerando que la divergencia entre los testigos instrumentales y el Notario al declarar en el pleito acerca de la capacidad de la testadora, que supone el cuarto motivo, contradice la apreciación de la prueba hecha en conjunto por la Audiencia, sin otro fundamento que el de deposiciones testificales, inapreciables para el efecto de la admisión, como lo tiene declarado reiteradamente este Tribunal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Manuela y Doña Rosa María de Lemaur y Santa Cruz respecto de los motivos tercero y cuarto que se dejan relacionados; se admite en cuanto á los demás dicho recurso; publíquese este auto según previene la ley, y pasadas que sean á tal efecto las copias necesarias, dése cuenta.

Madrid 10 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 9.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Enero, pub. el 27.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Adjudicación de bienes de una obra pía.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Ruperto Albarrán contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Don Juan del Alcázar.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no es de estimar la infracción del art. 606 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el caso segundo del 1221 del Código civil, cuando resulta que la Sala sentenciadora no ha rechazado el documento público á que se refiere el recurrente, sino que aquél no justifica lo que este último pretende:

Que las fundaciones que no son puramente benéficas, no están excluídas de la ley de 11 de Octubre de 1820.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Enero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia de la ciudad de Avila y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Santiago del Alcázar y Nero, Duque de la Roca y Marqués de Sofraga, en cuya personalidad le ha sustituído Don Juan del Alcázar y Nero, ostentando los indicados títulos, con D. Ruperto Albarrán y Alvarez, como marido de Doña Teresa Galán Olivares, causahabiente de Doña Laureana Olivares Riaño, de quienes no consta la profesión ni vecindad, y otros, sobre adjudicación en concepto de libres de los bienes de una obra pía; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Ruperto Albarrán, representado por el Procurador D. José Montero y Posada y defendido por el Licenciado D. José García Martínez, estándolo D. Juan del Alcázar y Nero por el Procurador D. Luis Lumbreras y el Licenciado D. Valentín Beato; siendo también parte en el pleito el Abogado del Estado:

Resultando que D. Diego de Vera, Doctoral de la Santa Iglesia Catedral de Salamanca, en testamento otorgado en 22 de Febrero de 1598,

dispuso que luego que falleciera se hiciera almoneda pública de todos sus bienes muebles y se juntase el dinero que produjera al que tuviese al tiempo de su fallecimiento, y se entregase á la persona ó personas que el Arcediano de Ledesma y el Racionero Salcedo les pareciere, para que lo tuviese depositado hasta que se invirtiera en censos de bienes raíces en la ciudad de Avila, á fin de que lo que rentare dicha hacienda cada año se diera para que se casase ó metiera monja á una parienta del testador, designada por D. Pedro del Peso, Regidor de Avila, sobrino de aquél, prefiriendo á la parienta que fuese de los del Peso ó de los de Vera ó de la Venera, y siempre á la que fuese su más próximo pariente de los dichos linajes que tuviere más necesidad, porque quería que fuese elegida y preferida por el orden indicado, y mandó que faltando parientes de los mencionados linajes, de tal modo que no hubiera quien pidiese los susodichos dotes, lo hiciera la persona que tuviere ó poseyera el mayorazgo del mencionado D. Pedro del Peso de Vera, su sobrino, porque desde luego lo unía y juntaba á dicho mayorazgo, haciéndolo vínculo que anduviera con él unido en la vía y forma que de derecho hubiere lugar; y en un codicilo de fecha 24 de Febrero del siguiente año 1598, mandó el prenombrado D. Diego de Vera que para cumplimiento de la manda pía fundada en su testamento designaba como patronos á las personas que el Cábildo de la Iglesia Catedral de Avila nombrara, el regimiento y los guardianes de San Francisco y del convento de Santo Tomás de dicha ciudad, y ordenó se comenzara desde luego á ejecutar la mencionada obra pía de casar ó meter monjas de los linajes expresados; nombrando asimismo patrono, en unión de los indicados, al que sucediese en el de San Martín de las Cabezas y de la Venera:

Resultando que una vez fallecido el D. Diego de Vera, se estableció, conforme á lo que tenía ordenado en sus disposiciones testamentarias, la mencionada obra pía, formando últimamente la Junta de patronos el Obispo de Avila, como Presidente del Cabildo; el Alcalde de la ciudad, y un representante del Marquesado de Sofraga, como patrono de sangre, puesto que en expediente seguido respecto al mayorazgo de San Martín de las Cabezas y otros, por auto de 31 de Marzo de 1772, se mandó poner en posesión real de ellos, como se efectuó el 6 de Abril siguiente, al que entonces ostentaba el título de Marqués de Sofraga y Villaviciosa:

Resultando que D. Santiago Alcázar y Nero, Duque de la Roca y Marqués de Sofraga, con fecha 9 de Diciembre de 1885 formuló escrito, ante el Juzgado de primera instancia de Avila, con la pretensión de que se llamara por edictos á los que se creyeran con derecho á los bienes ó rentas de la obra pía mencionada, para que comparecieran á deducirlo en el tiempo, modo y forma prevenidos en el art. 1106 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando y emplazando al representante del Ministerio fiscal, á tenor del 1109; y una vez cumplidos por su orden los demás trámites legales, se declarase que el demandante D. Santiago del Alcázar y Nero tenía derecho, como sucesor y poseedor del mayorazgo de San Martín de las Cabezas, á los bienes y valores de la citada obra pía, mandando, en su consecuencia, que á tenor de las disposiciones vigentes sobre desvinculación y desamortización, se le adjudicasen y entregasen como libres, con los frutos y rendimientos producidos ó debidos producir desde que no se había pagado ninguna dote:

Resultando que en apoyo de su pretensión expuso sustancialmente D. Santiago Alcázar y Nero, á más de consignar lo anteriormente relacionado: ser patrono de sangre de la obra pía de que se trata, como sucesor y poseedor del Marquesado de Sofraga, al que venía unido el mayorazgo de San Martín de las Cabezas; deber constar en los libros, do-

cumentos y demás antecedentes de la Junta de patronos, los bienes y derechos pertenecientes á la obra pía, sin perjuicio de lo cual, y con reserva de modificarla ó ampliarla, acompañaba una relación de los que la constituían en la actualidad; no existir desde hacía mucho tiempo persona alguna que siendo pariente del fundador de los linajes designados en los apellidos prescritos, haya reclamado ó podido reclamar las dotes á que se refiere la obra pía; invocó, entre los fundamentos legales, los artículos 1.º y 4.º de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836; las de 1.º de Mayo de 1855 y 11 de Julio del 66, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1850, 7 de igual mes del 66 y 10 de Marzo del 68; y presentó con la demanda testimonio del Real título expedido á favor de D. Santiago del Alcázar en 10 de Marzo de 1879, declarando habían recaído en su favor los títulos de Marqués de Sofraga y Conde de Requena; una relación con referencia al testamento del D. Diego de Vera, ya enunciado, y á los autos seguidos en 1772, de que también se hizo mérito, expresiva de los bienes y valores que poseía y administraba la Junta de patronos, y dos partidas de bautismo:

Resultando que publicados los oportunos edictos, se personaron en autos el Abogado del Estado y los que se creyeron con derecho á los bienes que declaró, conforme á lo prevenido en el art. 1114 de la ley de Enjuiciamiento civil; usaron las partes de su derecho en la vía ordinaria, á cuyo efecto se entregaron aquéllos á la actora, que con fecha 26 de Noviembre de 1886 formuló su demanda, reproduciendo las pretensiones y alegaciones de hecho y de derecho de su anterior escrito:

Resultando que Doña Laureana Olivares Riaño y otros opositores, que después dejaron de figurar en el pleito, contestaron la demanda, pidiendo se desestimaran las pretensiones en ella contenidas, y se condenara al demandante á perpetuo silencio y al pago de costas, declarando que los bienes de la obra pía de que se trata debían serle adjudicados por su parentesco más próximo é inmediato al fundador, perteneciendo al primero de los linajes llamados por éste, ó sea al del apellido del Peso, que era el preferido entre todos; á cuyo efecto alegó la Doña Laureana no ser cierto lo consignado en la demanda respecto á que no existía persona alguna en la actualidad que, perteneciendo á los linajes de los apellidos designados, hubiera reclamado ni pudiera reclamar las dotes para que se constituyó la fundación, pues la Doña Laureana, como descendiente de D. Diego Gómez del Peso, D. Diego Daza del Peso Guzmán y Olivares y D. Alonso del Peso, pertenecía á la familia del fundador, y tenía mejor derecho que el demandante y que ninguna de las otras partes al goce y disfrute de los bienes de la obra pía, y citó algunos fundamentos legales; oponiéndose también por su parte el Abogado del Estado á las pretensiones formuladas en la demanda:

Resultando que personados en autos D. Juan del Alcázar y Nero, Duque de la Roca y Marqués de Sofraga, como heredero del demandante D. Santiago del Alcázar, y D. Ruperto Albarrán y Alvarez, en el concepto de marido de Doña Teresa Galán Olivares, como hija y heredera de la demandada Doña Laureana, evacuó el primero el traslado de réplica, insistiendo en la solicitud de la demanda, para lo que impugnó las alegaciones deducidas por todos los demandados, haciendo notar que ninguno de los opositores reclamaba en concepto de representar doncellas con derecho á las dotes establecidas por el fundador:

Resultando que los demandados insistieron en sus escritos de dúplica en lo que tenían alegado y pedido, manifestando el Abogado del Estado que ninguno de los litigantes había presentado todas las partidas

sacramentales de bautismo y matrimonio, indispensables para justificar el parentesco en el grado procedente, por lo que pedía se acordara que los bienes de la obra pía de D. Diego de Vera debían ser declarados vacantes:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicó la documental que las partes propusieron, uniéndose á los autos, entre otros documentos, partidas sacramentales y árboles genealógicos, y una certificación expedida por un Notario eclesiástico de la ciudad de Avila, haciendo constar que no había hallado en el archivo libro alguno referente á la obra pía que fundó D. Diego de Vera, y que en su Notaría no obraba ningún antecedente en el presente siglo relacionado á reclamaciones sobre dación de dotes; y al evacuar D. Ruperto Albarrán el traslado de conclusiones, presentó un testimonio fechado en el año 1654, referente á una información practicada por virtud de exhorto del Corregidor de Avila por D. Gonzalo de Olivares Daza Peso y Guzmán para justificar ser hijo legítimo de D. Diego Gómez del Peso y Olivares y de Doña Isabel de Vallejo y Molina, y nieto de D. Gonzalo de Olivares; cuyo testimonio no pudo ser cotejado con su original por el mal estado y confusión de los papeles existentes en el archivo judicial de Avila:

Resultando que dictada sentencia por el Juzgado, dedujeron contra ella apelación D. Ruperto Albarrán y otros, que fué admitida en ambos efectos; y elevados los autos al Tribunal Superior del territorio, presentó el D. Ruperto Albarrán una cédula del Rey Don Felipe V, firmada en 30 de Enero de 1713, por la que se confirmó á D. Gonzalo Nicolás de Olivares Peso y Guzmán en el cargo de Regidor perpetuo de la ciudad de Avila, expresándose que recayó en él por haberlo desempeñado generaciones anteriores, y copia de un testamento otorgado en 20 de Diciembre de 1736 por D. Fernando de Olivares Peso y Guzmán, en el que declara ser hijo de D. Diego, nieto de D. Gonzalo Olivares Peso y Guzmán, Regidor perpetuo de la ciudad de Avila, y tener un hermano nombrado D. Gonzalo; pronunciando la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, después de los trámites legales, el 16 de Febrero de 1898, sentencia, en la que, con las costas de la alzada á los apelantes, se confirma la del Juzgado, que declaró que los bienes y valores que constituyen la obra pía fundada para dotar doncellas por el Doctor D. Diego de Vera en 22 de Febrero de 1598 corresponden á D. Juan del Alcázar y Nero, Duque de la Roca, como Marqués de Sofraga y sucesor en el mayorazgo de San Martín de las Cabezas, y en su consecuencia, se manda le sean adjudicados dichos bienes en concepto de libres, con todos los frutos y rendimientos producidos desde que se pagase la última dote; y no se hizo expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que D. Ruperto Albarrán, en el expresado concepto de marido de Doña Teresa Galán, ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero. La infracción del art. 606 de la citada ley de Enjuiciamiento, en relación con el caso 2.° del 1221 del Código civil, al no admitir la información hecha ante Autoridad competente el año 1654; puesto que, según dice la sentencia recurrida en uno de los considerandos que admitió de la del Juzgado, no se pudo cotejar con su original por el mal estado y confusión que hay en los papeles del archivo judicial de Avila, por lo que la Sala sentenciadora no toma en consideración el mencionado documento, no obstante, según el citado art. 606, tener fuerza probatoria cualquier documento público que por su índole carezca de registro en que pueda comprobarse, pues el de que se trata se otorgó

ante el Doctor D. Antonio Méndez de Lara, Teniente Corregidor de esta villa y corte, y no se puede cotejar por el mal estado y confusión que hay en los papeles del archivo judicial de Avila; debiendo haberse fijado asimismo la Sala sentenciadora en que su fallo infringe el también mencionado art. 1221 del Código, según cuyo tenor, á falta de matriz, serán principio de prueba las copias de más de treinta años que estén autorizadas por funcionario público, toda vez que la copia no admitida en autos lo estaba por el Escribano D. Nicolás Torralba en papel sellado del año 1654:

Segundo. Haberse infringido, por aplicación indebida, el art. 4.º de la ley de 11 de Octubre de 1820, según cuyo tenor, «en los fideicomisos familiares cuyas rentas se distribuyen entre parientes del fundador ..., se hará desde luego la tasación y repartimiento de los bienes»; las sentencias de este Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1861 y 3 de igual mes del 76, que declaran que los bienes destinados á un objeto benéfico permanente en favor de parientes pobres del fundador, no están comprendidos en las disposiciones de la ley de 1820; las de 31 de Diciembre de 1887 y 9 de Febrero del 89, que establecen que la mencionada ley no rige nunca en las fundaciones de dotes, y la de 17 de Octubre del 62, que preceptúa que el citado art. 4.º no puede aplicarse, cuando, de conformidad á lo dispuesto en la fundación, los patronos deben de distribuir las rentas precisamente en dotes para doncellas del linaje del fundador; en cuanto la sentencia recurrida adjudica al Duque de la Roca los bienes y rentas de la obra pía fundada por D. Diego de Vera para dotar doncellas de su linaje que tomaran matrimonio ó hábito de religiosa:

Tercero. Infringirse igualmente por el fallo recurrido la sentencia de este Supremo Tribunal de 26 de Febrero de 1897, según cuyo tenor, la fundación de un fideicomiso es ley mientras no se oponga á lo determinado por el derecho; puesto que se adjudican los bienes de la obra pía al Duque de la Roca, siendo así que, aun en la hipótesis, no probada, de la extinción de la línea fundacional, dichos bienes, por virtud de las disposiciones citadas en el anterior motivo, no pueden ser adjudicados en tal forma, no obstante el llamamiento que para él hace en último lugar D. Diego de Vera; y

Cuarto. Errores de hecho, consistente uno de ellos en estimar que con los documentos aportados á los autos en segunda instancia no se prueba que D. Gonzalo Nicolás de Olivares Peso y Guzmán tenga relación con la familia del fundador, toda vez que al sobrino de éste se le designa con los nombres de D. Pedro del Peso de Vera, y no es suficiente que el D. Gonzalo lleve el apellido *Peso* para afirmar que es el de Peso de Vera; apareciendo acreditado el mencionado error por la Real cédula y testamento del D. Fernando, admitidos por la Sala sentenciadora como documentos auténticos, y por el testamento del fundador, puesto que éste era tío materno del Regidor de Avila D. Pedro del Peso de Vera, lo cual demuestra que no había un apellido llamado *Peso de Vera,* como supone la sentencia recurrida, sino que eran dos apellidos distintos, el paterno *Peso* y el materno *Vera,* no siendo de extrañar que los descendientes del Regidor no se nombrasen sino por el primer apellido, perdiéndose el segundo, como suele suceder; consistiendo el otro de los errores alegados, en afirmar la susodicha Sala que los Olivares, progenitores del recurrente, llevaban sólo el apellido de *Guzmán*, y que el testador habla de sus parientes que lleven el de *Dávila de Guzmán*, cuando en la enunciada Real cédula aparece que entre los ascendientes por línea recta del recurrente figura D. Diego *Dávila* y Olivares y su hijo D. Diego

de Olivares Peso y *Guzmán*, que en rigor debió llamarse, al igual que su padre, D. Diego *Dávila* de Olivares Peso y *Guzmán*, por donde se ve que llevan los apellidos de los parientes que cita el testador y son del mismo linaje, quedando por tanto probado que no se ha extinguido la línea del Peso, llamada por el fundador á gozar del fideicomiso, que debía quedar subsistente para que se aplique al fin benéfico que quiso establecer D. Diego de Vera.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que en la sentencia recurrida se consignan dos afirmaciones, derivadas de la estimación de las pruebas que sirven fundamentalmente para la declaración del derecho que constituye la parte dispositiva de la sentencia, y son: la de que ninguno de los opositores á la demanda que dicen llevar el apellido de Peso había justificado debidamente su entronque y parentesco con el fundador de la obra pía, y que existían motivos para estimar que ni en el presente siglo ni en el anterior se había hecho reclamación sobre las rentas de la obra pía para dote de persona alguna que aspirase al estado de religión ó de matrimonio, sin que esta segunda afirmación aparezca impugnada en el recurso, ni respecto de la primera se hayan cometido las infracciones alegadas en los motivos primero y cuarto del mismo; pues el Tribunal sentenciador no ha rechazado el documento á que se refiere el primer motivo, como equivocadamente asegura el recurrente, y ni de éste ni de los relacionados en el cuarto motivo aparece con evidencia error alguno de hecho en cuanto al supuesto entronque de Doña Teresa Galán con el fundador, pues ninguno de ellos le justifica directamente, ni la presunción que pudiera constituir la coincidencia de apellidos es demostrativa de tal error con las condiciones requeridas por la ley, aun cuando en la sentencia se hubiera afirmado rotundamente, lo que no se hace, que D. Gonzalo Nicolás Olivares era antecesor de aquélla:

Considerando que, esto supuesto, así como la estimación que en la misma sentencia se hace de no haberse justificado que subsistan los linajes llamados por el fundador, aparte del representado por el Duque de la Roca, tampoco se han cometido las infracciones de ley y doctrina invocadas en los motivos segundo y tercero del recurso, porque la fundación establecida en el año 1598 por D. Diego de Vera no es meramente benéfica, para que deba ser excluída de los preceptos de la ley de 11 de Octubre de 1820, con arreglo á las sentencias que se citan en el tercer motivo, puesto que para el caso que ha sobrevenido, quiso y determinó el testador que disfrutase las rentas la persona que tuviere ó poseyere el mayorazgo de su sobrino D. Pedro del Peso de Vera, á cuyo efecto *le anejaba é juntó con dicho mayorazgo, le hacía vínculo que ande con él en la vía y forma que en derecho haya lugar*, con lo que es evidente que está incluído en la clase de vínculos y fideicomisos suprimidos por el art. 1.º de la expresada ley del año 20, y á cuya adjudicación sólo el Duque de la Roca tiene derecho por voluntad y llamamiento del fundador, acomodándose así lo que éste dispuso con lo que la ley ha determinado respecto de esta clase de fundaciones, sin infracción consiguiente de la doctrina que se cita en el tercer motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Ruperto Albarrán, en concepto de marido de Doña Teresa Galán; condenamos á dicha parte recurrente al pago de las costas, y si viniere á mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas, por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la oportuna certificación, devolviéndola el apuntamiento y documentos que tiene remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique de Illana y Mier, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 11 de Enero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 10.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Enero, pub. el 31.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Reivindicación.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Catalina Miñano y otros contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en pleito con D. José María Gómez y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que para estimar cuál sea la cuestión propuesta por el actor, y para determinar en consecuencia si el fallo es congruente con la demanda, no hay que estar á todos los enunciados de hecho y de derecho que la misma contenga, sino á la petición que se formule y á sus fundamentos esenciales:

Que la alegación de que al fijarse en los contratos de préstamos una cantidad alzada para costas y gastos se excluye la posibilidad de que el deudor pueda ser condenado por costas á una cantidad mayor, no es conforme á la naturaleza de tales estipulaciones que son sólo un presupuesto para el efecto de determinar la garantía hipotecaria de los gastos y costas, pero que no afectan á la realidad de la obligación personal, que puede resultar mayor ó menor ó ninguna, según se dé ó no lugar por el deudor á tales costas y gastos:

Que los artículos 1244 y 1248 del Código civil y 659 de la ley de Enjuiciamiento dejan al racional criterio de los Jueces la apreciación de la prueba testifical:

Que no son de estimar en casación los errores de hecho que no afectan á la esencia del fallo.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Enero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cieza y la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por Doña Catalina, D. Mariano y D. Anacleto Miñano Miñano, dedicada la primera á las faenas domésticas, labrador el D. Mariano y jornalero el último, vecinos los tres de Ricote, contra D. José María, Doña Rosa y D. Domingo Gómez Gómez, D. Joaquín, D. Fernando y Doña María Gómez Martínez, representada ésta por su marido D. José Casimiro Martínez de Velasco, propietarios, vecinos de Abarán, y D. Antonio Gómez Martínez, también propietario, vecino de Madrid, en concepto todos de causahabientes de D. Joaquín Gumersindo Gómez, sobre reivindicación de fincas; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la parte demandante, representada por el Procurador D. Luis Montiel y Bonache y defendida por el Licenciado Don

Antonio Rentero y Villota; estándolo la parte recurrida por el Procurador D. Manuel Bru y del Hierro y defendidos por el Licenciado D. Francisco Bergamín:

Resultando que en escritura autorizada en la villa de Abarán el 17 de Diciembre de 1874, D. Francisco Miñano Nuñez expresó haber recibido de D. Joaquín Gumersindo Gómez, en calidad de préstamo, la cantidad de 10.500 pesetas, que se obligaba á devolver para el día 1.º de Octubre de 1875, con el interés, á contar desde la última de las indicadas fechas, del 8 por 100 anual, y la condición de que si hubiera morosidad ó falta de cumplimiento en el contrato que diese lugar á diligencias ó procedimientos judiciales ó extrajudiciales, se obligaba el D. Faustino á satisfacer al D. Joaquín los perjuicios, costas y daños ocasionados que legalmente se justificasen hasta la cantidad de 2.000 pesetas; constituyendo en garantía del préstamo y compromisos contraídos hipoteca voluntaria sobre siete fincas de su propiedad:

Resultando que D. Joaquín Gumersindo Gómez, con fecha 17 de Agosto de 1876, fundado en la anteriormente relacionada escritura, formuló ante el Juzgado de primera instancia de Cieza demanda ejecutiva contra Doña Catalina Miñano y Miñano, viuda de D. Faustino Miñano y los hijos de este matrimonio D. Anacleto, D. Francisco, D. Mariano y D. Guillermo Miñano Miñano, con la súplica de que se despachara mandamiento de ejecución por la cantidad de 10.500 pesetas, el 8 por 100 de dicha suma desde que se constituyó en mora, costas, daños y perjuicios, y se procediera en primer término contra los bienes especialmente hipotecados en la escritura de préstamo, y si no fuesen bastantes, se practicara el embargo de los demás del deudor:

Resultando que admitida la demanda, se practicó el embargo solicitado, siguiéndose por sus trámites el juicio, en el que el Procurador del ejecutante, en 13 de Marzo de 1877, presentó escrito, pidiendo se suspendiera la subasta de bienes que se tenía acordada, por estar su parte practicando algunas negociaciones, á lo cual accedió el Juzgado, solicitando después el susodicho ejecutante se señalara nuevamente fecha para la indicada subasta, por lo que se acordó tuviera ésta lugar el 25 del siguiente mes de Abril, si bien, por haber solicitado nueva prórroga, que fué concedida, se señaló para efectuarla el 27 de Junio de aquel año 1877:

Resultando que con fecha 25 de Noviembre del citado año 1877, Don Joaquín Gumersindo Gómez formuló otro escrito pidiendo se despachara nuevo mandamiento de ejecución contra los bienes de D. Faustino Miñano, por ser insuficientes los hipotecados para cubrir el capital, intereses, costas y daños y perjuicios, y no haberse verificado el pago en los términos estipulados en la escritura, siendo, por tanto, procedente se ampliara el embargo á todos los bienes del deudor, y una vez verificado así, se citara de remate á sus hijos D. Anacleto, D. Francisco, D. Mariano y D. Guillermo Miñano y Miñano, y en representación del último, por su menor edad, á su madre Doña Catalina Miñano, á lo que accedió el Juzgado en auto del siguiente día 26 de Noviembre de 1877, practicándose en 4 del inmediato mes de Diciembre el embargo solicitado sobre 37 fincas y diez horas y media de agua para riego, que fueron depositadas en la persona designada al efecto:

Resultando que recaída en el mencionado juicio ejecutivo sentencia de remate en 18 del citado mes de Diciembre, mandando seguir la ejecución adelante, hacer trance y remate en los bienes embargados á los herederos de D. Faustino Miñano, y hacer pago con su producto á D. Joaquín Gumersindo Gómez de las 10.500 pesetas, intereses vencidos y costas, la cual fué notificada á los ejecutados; se siguió el juicio por los trá-

mites del procedimiento de apremio, en el que por auto de 9 de Enero de 1879 se adjudicaron á D. Joaquín Gumersindo Gómez los enunciados bienes por las dos terceras partes de la última tasación de las fincas, mediante no haber habido postor en la subasta celebrada, y se ordenó se practicaran las oportunas liquidaciones del valor de dichas fincas y tasación de costas; siendo el resultado de estas operaciones: por las dos terceras partes del importe de aquéllas, 17.555 pesetas 98 céntimos; por costas, 4.644 pesetas 85 céntimos, y por los intereses liquidados hasta entonces, 2.571 con 98 céntimos; y una vez hechas saber á los ejecutados las expresadas liquidaciones y tasación de costas, el Juzgado, á petición del D. Joaquín Gumersindo Gómez, en 29 de Marzo de 1880, le otorgó la oportuna escritura de adjudicación de todos los bienes embargados:

Resultando que D. Joaquín Gumersindo Gómez, mediante Notario, requirió en 7 de Julio de 1882 á Doña Catalina Miñano y sus hijos para que desalojaran la casa núm. 10 de la calle de San Pedro de la villa de Ricote, donde habitaban, que era una de las adjudicadas á consecuencia del juicio ejecutivo, y como no la desalojasen, el D. Joaquín, en demanda de fecha 10 de Octubre de aquel año, entabló juicio de desahucio, en el que recayó sentencia en 24 de Noviembre siguiente, que declaró haber lugar al desahucio, condenando á los demandados en las costas del juicio; habiendo comparecido en él Doña Catalina Miñano para manifestar que no contestó á la demanda porque el día 7 de Noviembre había entregado las llaves de la casa al Procurador del demandante:

Resultando que D. Joaquín Gumersindo Gómez falleció en 1887, bajo disposición testamentaria, otorgada el 2 de Julio de 1883, en la que instituyó únicos y universales herederos á D. José y Doña Rosa Gómez Gómez, D. Antonio, D. Joaquín, D. Fernando y Doña María Gómez Martínez, y legatario de parte de los bienes procedentes de D. Faustino Miñano, á D. Domingo Gómez Gómez, disponiendo que cualquiera cuestión que pudiera suscitarse referente á los bienes raíces, créditos, acciones y derechos que le correspondieran en el término municipal de Ricote, de la indicada procedencia, se sostuviera por todos sus herederos, satisfaciendo cada uno la parte alícuota de los gastos que se ocasionaren, aun cuando no se les hubiesen adjudicado los expresados bienes:

Resultando que Doña Catalina, D. Anacleto y D. Mariano Miñano Miñano, en 24 de Abril de 1896, dedujeron ante el juzgado de primera instancia de Cieza demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, en solicitud de que se declarase que D. José María y Doña Rosa Gómez Gómez, y D. Antonio, D. Joaquín, D. Fernando y Doña María Gómez Martínez, esposa esta última de D. José Casimiro Martínez Velasco, y D. Domingo Gómez Gómez, estaban obligados, como herederos los primeramente nombrados, y en concepto de legatario el D. Domingo, del difunto D. Joaquín Gumersindo Gómez, á entregarles las fincas que en la susodicha demanda reseñaban, con los frutos producidos desde el mes de Octubre de 1878 hasta que tuviera lugar la entrega, como igualmente las cantidades que percibió además de la suma que se le debía, con sus intereses, el importe de un vivero, también con los réditos devengados durante diez y siete años, importante en junto 4.242 pesetas, los enseres de bodega y fábrica que igualmente se mencionaban en la demanda, asimismo con los intereses de diez y siete años, y á la indemnización de daños y perjuicios; por la razon de haber infringido y alterado, en su esencia y en su forma, un contrato verbal celebrado con la parte demandante, disponiendo que las fincas reclamadas y las cantidades expresadas sean restituídas por los susodichos herederos á los demandantes, como dueños legítimos que son de las mismas, condenando á los detentadores á dejar-

las á su disposición, libre y desembarazadamente, con las costas causadas y que se causaren:

Resultando que como fundamento de las enunciadas solicitudes, sostuvieron los anteriormente expresados demandantes en lo sustancial, á más de consignar lo que estimaron oportuno de lo expuesto en los antecedentes: haberse embargado, á consecuencia de la ejecución instada por D. Joaquín Gumersindo Gómez contra los herederos de D. Faustino Miñano, no sólo los bienes hipotecados en garantía de las obligaciones contraídas en la escritura de préstamo de 17 de Diciembre de 1874, sino también otros que no estaban afectos á ellas, incluso los que eran propios de la viuda de D. Faustino, Doña Catalina Miñano, á pesar de pertenecerle á ésta por herencia de su padre y hallarse inscrita su hijuela en el Registro de la propiedad; haber celebrado los demandantes con Don Joaquín Gumersindo Gómez en Junio de 1878 un contrato verbal para transigir y ultimar el juicio ejecutivo, por virtud del cual autorizaron los ejecutados al D. Joaquín para que enajenara privada y particularmente las fincas embargadas que le comprasen, á fin de que con su producto y con el importe de los frutos que tenía percibidos de los depositarios de las mismas se hiciera pago del capital, intereses y costas, obligándose por su parte el D. Joaquín á practicar con los ejecutados una cuenta de liquidación al objeto de entregarles las fincas sobrantes, y á dejar en suspenso el procedimiento ejecutivo, demostrando la certeza de lo expuesto, á más de las declaraciones de los testigos, que en el período de prueba presentarían la carta del entonces Procurador del ejecutante D. Mariano García, acompañada á la demanda; haber enajenado el Don Joaquín, á consecuencia de la autorización que se le concedió en el contrato privado, diferentes fincas, que relacionaron, percibiendo, además de 6.450 pesetas 25 céntimos importe de los bienes vendidos, el producto de las fincas embargadas, que ascendía, según tasación pericial, á 8.260 pesetas con 80 céntimos; y dos pagarés de 940 pesetas, que los entonces ejecutados le entregaron como intereses desde la fecha de la demanda ejecutiva hasta Junio de 1878, en que se celebró el contrato privado en cuestión, lo que en junto sumaba 15.651 pesetas 5 céntimos, cantidad más que suficiente para pagar las 10.500 pesetas de capital, 2.570 de intereses y 2.000 de costas, pues resultaba un exceso de 581 y 5 céntimos, que correspondía, con sus intereses legales, á los demandantes, y á cuya devolución estaban obligados los demandados, quienes asimismo debían entregar los bienes que no ejecutó el D. Joaquín, el que á pesar de todo lo estipulado instó la continuación del procedimiento de apremio, é hizo se le adjudicaran con la escritura judicial de 28 de Marzo de 1880 todas las fincas, incluso las que tenía enajenadas; haberse incautado también D. Joaquín Gumersindo Gómez, sin estar hipotecados ni vendidos, de los enseres y efectos de la bodega y fábrica de elaborar aguardientes, y de un vivero de limoneros ingertos que pertenecían á los demandantes, siendo por tanto responsables los demandados de su importe, é intereses devengados en los diez y siete años transcurridos; haber importado la tasación de costas del juicio ejecutivo 4.644 pesetas 80 céntimos, de las que se reintegró el ejecutante, á pesar de tener estipulado en la escritura de préstamo que no se podrían percibir por tal concepto más de 2.000 pesetas; haber intentado en Marzo de 1895 ambas partes litigantes someter las cuestiones del actual pleito á la decisión de amigables componedores, lo que hubiera tenido efecto si los demandados no hubieran querido se incluyese en la escritura de compromiso una cláusula en abierta oposición á los preceptos de la ley; y demostrar de lo dispuesto en el testamento de D. Joaquín Gumersindo Gomez, respecto á que se sostuvieran

por todos sus herederos las reclamaciones que pudieran suscitarse sobre los bienes que poseía en el término municipal de Ricote, la impureza del derecho que sobre ellos quería y procuraba sustentar:

Resultando que en la misma demanda expusieron también los predichos demandantes deducirse de los hechos anteriormente relacionados que D. Joaquín Gumersindo Gomez recibió á cuenta de sus créditos hasta 1.º de Octubre de 1878, como importe de los frutos de dos años de todas las fincas embargadas y de la venta de las que enajenó privadamente, antes de que se le adjudicaran, 15.651 pesetas 5 céntimos, á pesar de lo cual hizo se le otorgara la escritura judicial de venta, y se incautó del plantel de limoneros, de los enseres de bodega, de 2.644 pesetas de costas, de 940 por cuenta de interés y 1.215 pesetas 99 céntimos de contribuciones, faltando con todo esto á lo que solemnemente tenían convenido; alegaron varios fundamentos de derecho, y presentaron con la demanda, entre otros documentos, una carta del Procurador de Cieza, D. Mariano García, de fecha 7 de Abril de 1878, en la que expresaba no estar él llamado á liquidar cuentas, y que no tenía inconveniente en decir que el que fué su representado en el juicio ejecutivo, el difunto Don Joaquín Gomez, había expresado á los actores en la demanda del día, que después de reintegrarse de sus créditos y gastos, el sobrante sería para ellos; y una certificación del Registrador de la propiedad de Cieza, expresiva de los bienes que al fallecimiento de D. Angel Miñano se adjudicaron á su hija Doña Catalina y fueron inscritos en las oficinas de su cargo, hallándose vigentes los asientos tomados con tal motivo:

Resultando que los demandados se opusieron á las pretensiones deducidas en la demanda, con la solicitud de que se les absolviera de ellas, é impusieron á los actores silencio perpetuo y las costas; á cuyo efecto expusieron sustancialmente, aparte de reconocer la certeza de lo referido en cuanto á la escritura de préstamo de 17 de Diciembre de 1874, aunque negando que la limitación relativa á costas en ella consignada tuviera el alcance que de contrario quería dársele, y de referir también alguno de los hechos relacionados en los antecedentes; haber pedido su causante la ampliación del embargo en el juicio ejecutivo, por no ser suficiente para reintegrarle los especialmente hipotecados, practicándose aquél, así como los diferentes aprecios que se realizaron, con intervención del perito que nombraron los ejecutados; no identificarse las fincas que trataban de reivindicar los demandantes, las que habían sido inscritas en el Registro de la propiedad hacía más de diez años, mediante la escritura de adjudicación unas de ellas y por virtud de un expediente posesorio otras, lo cual constituía para los demandados un título de dominio, puesto que las poseían pacíficamente dicho período de tiempo; no ser cierto hubiera existido nunca el contrato verbal que se invocaba en la demanda, pues si alguna vez el ejecutante solicitó la suspensión del procedimiento que se seguía contra los herederos de D. Faustino Miñano, fué á causa de las promesas de pago que le hicieron; no siendo tampoco cierto que percibiera los frutos de las fincas embargadas y que realizara la venta de ninguna de ellas, lo cual no podía hacer, toda vez que no le pertenecían; no ser cierto tampoco que se apropiara los efectos y enseres de la bodega y fábrica y plantel de limoneros á que aludía la demanda, por más que si alguno existía, era lógico y natural que siendo accesorio de la casa ó hacienda, seguirán la suerte de ellas; haber ascendido la liquidación de capital, intereses y costas practicada en el juicio ejecutivo á 17.756 pesetas 89 céntimos, y como los bienes embargados se le adjudicaron por 17.555 con 98 céntimos, aún faltaba una pequeña cantidad para reintegrarse por completo; demostrar el perfecto derecho de

los demandados á los bienes de que se trata el que durante más de diez y seis años los habían poseído quieta y pacíficamente, á pesar de haber ejercitado verdaderos actos de dominio, como el juicio de desahucio seguido contra Doña Catalina Miñano y sus hijos; ser cierto que se intentó someter la cuestión al arbitrio de amigables componedores, pero los demandantes no quisieron aceptar la condición de que su laudo fuera inapelable; que los demandados deseaban figurar en la escritura de compromiso, pues tenían presente que el beneficio de pobreza en que se amparaban aquéllos había de facilitarles el acudir á los Tribunales para molestar á dichos demandados; y no poderse interpretar la cláusula del testamento de D. Joaquín Gumersindo Gómez, citada en la demanda, en los términos que sostenían los demandantes; é invocaron algunos fundamentos de derecho:

Resultando que renunciado por la parte actora el traslado de réplica, se recibió el pleito á prueba, practicándose á instancia de ambas partes la documental, pericial, reconocimiento de documentos y testifical, solicitándose en los escritos de conclusiones se fallara el pleito conforme á lo pedido en la demanda y contestación; y el Juzgado dictó sentencia, condenando á D. José y Doña Rosa Gómez Gómez, D. Antonio, D. Joaquín, D. Fernando y Doña María Gómez Martínez, casada con D. Casimiro Martínez Velasco, en el concepto de herederos de D. Joaquín Gumersindo Gómez, á que devuelvan á Doña Catalina, D. Anacleto y Don Mariano Miñano Miñano las fincas que se adjudicaron al D. Joaquín por las dos terceras partes de su aprecio, en pago de su crédito, en el juicio ejecutivo que siguió contra el causante de los actores, con los frutos producidos desde la adjudicación hasta el día de su fallecimiento, y desde la presentación de la demanda hasta el dia en que entreguen las fincas, con excepción de lo que vendió privadamente, cuyo importe, el de los frutos que percibió y el de los pagarés que le fueron entregados, se reputan como pago de su crédito, en virtud del contrato verbal celebrado por los demandantes y de la finca legada al D. Domingo Gómez, al que se le condenó también á su devolución á los susodichos demandantes, con los frutos producidos desde la presentación de la demanda, absolviendo de las demás pretensiones en ella deducidas á los demandados, sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que interpuesta apelación contra el enunciado fallo por los demandados y admitido el recurso en ambos efectos, la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, el 19 de Abril del próximo pasado año 1898 dictó sentencia por la que se desestima la demanda, sin hacer expresa condena de costas de ninguna instancia:

Resultando que Doña Catalina, D. Mariano y D. Anacleto Miñano y Miñano han interpuesto recurso de casación, como comprendidos en los números 1.°, 2.°, 3.° y 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. La ley 17, tít. 11 de la Partida 4.ª, que define lo que son los bienes parafernales, y dice que cuando no se entregan al marido señaladamente y con intención de que haya su señorío, *finca* éste en la mujer, y el art. 1382 del Código civil, por cuanto en la sentencia recurrida, para absolver de la demanda á los herederos de D. Gumersindo Gómez, se prescinde de tal cuestión, fundándose solamente en no considerar probado el contrato verbal en cuya virtud se pide la devolución de determinados bienes, siendo así que la demanda no tiene solamente ese fundamento, sino que también se refiere á los bienes heredados durante el matrimonio por Doña Catalina Miñano, pues teniendo dichos bienes el carácter de parafernales y no siendo del deudor ejecutado D. Francisco

Miñano y sí de su esposa, no debieron embargarse en la ejecución seguida contra aquél, ni enajenarse por el ejecutante D. Joaquín Gumersindo Gómez, como lo hizo, y por consiguiente deben devolverse á su dueña Doña Catalina; siendo uno de los fundamentos dela demanda respecto á dicha parte de los bienes, el que son de la propiedad de la Doña Catalina, como heredados durante su matrimonio de sus padres, cual lo demuestra el testamento unido á los autos de Registro de la propiedad, que asimismo acredita que fueron embargados para responder de deudas de su esposo cuando ya se había disuelto el matrimonio; á pesar de lo que la Sala sentenciadora no reconoce que los bienes son de la propiedad de Doña Catalina y deben devolvérsele:

Segundo. La mencionada ley de Partida, cuya doctrina se halla sancionada por las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de Noviembre de 1864, 8 de Octubre del 66, 1.º de Marzo del 67 y 10 de Mayo del 73 y otras varias; en cuanto equiparados los bienes parafernales á los dotales, sus frutos sólo pueden determinarse á levantar las cargas del matrimonio y no al pago de las deudas del esposo:

Tercero. La ley del contrato consignado en la escritura de préstamo de 17 de Diciembre de 1874, autorizada entre D. Joaquín Gumersindo Gómez y D. Faustino Miñano; toda vez que se limitó la responsabilidad del deudor por las costas y gastos que pudiera ocasionar su morosidad ó falta de cumplimiento á lo estipulado hasta 2.000 pesetas, no obstante lo cual se han cobrado á sus herederos por las costas de la ejecución más de 4.000, debiendo, con arreglo á lo convenido, reintegrárseles del exceso pagado indebidamente, mucho más si se tiene en cuenta que el haber ascendido las costas á tan crecida cantidad se debe á que después de terminada la ejecución contra los herederos del Miñano, notó el ejecutante que uno de éstos era menor de edad, y solicitó que se dejase sin efecto lo actuado y se despachase de nuevo la ejecución para subsanar el defecto de haberse entendido los procedimientos ejecutivos con un menor:

Cuarto. Las leyes 1.ª y 2.ª, título 14 de la Partida 5.ª, que se ocupan del pago, de sus efectos y de las maneras que hay de pagar; porque cuando D. Joaquín Gumersindo Gómez seguía los procedimientos de apremio contra los herederos de D. Faustino Miñano nada la debían éstos, por haberse cobrado el ejecutante con el importe de los bienes de los ejecutados, vendidos particularmente, con los frutos percibidos de los bienes embargados y con una pequeña cantidad entregada á dicho Don Joaquín en unos pagarés; y como el ejecutante estaba ya cobrado y los ejecutados libres de la obligación, comprada ya por virtud del pago, los bienes sobrantes debieron quedar á disposición de éstos, aun cuando para ello se hubiese celebrado el contrato verbal, cuya existencia considera la Sala sentenciadora no justificada, pues sin pactos ni contratos de ninguna clase, no le es lícito al acreedor que ha cobrado su crédito seguir unos procedimientos que ya no tienen objeto, por terminar en el momento en que la obligación reclamada resulta cumplida; y por ello, desde que el D. Joaquín cobró el capital, intereses y costas, porque se despachó la ejecución contra los recurrentes, debió, sin necesidad de convenio ni pacto, cesar en los procedimientos de apremio y devolver las fincas embargadas sobrantes y no vendidas; siendo éste el fundamento principal de la demanda de los herederos de D. Faustino Miñano, por más que para explicar cómo se verificaron las mencionadas ventas privadas de los bienes embargados se mencione el contrato verbal que considera no probado la Sala sentenciadora, la que omite por completo en la sentencia el importantísimo extremo de aparecer cumplida la obligación por los ejecutados cuando se les vendieron los bienes reclamados,

no diciendo nada tampoco respecto á los frutos percibidos por D. Joaquín Gumersindo Gómez de los bienes embargados en la ejecución ni de lo percibido por intereses en los pagarés que le entregaron los recurrentes; y respecto de las fincas de los ejecutados vendidas por el ejecutante, se consigna en la sentencia recurrida que aun cuando se estimase probadas las ventas anteriores, no sirvirían para demostrar la existencia del contrato verbal alegado por los demandantes; y en el supuesto de que tales ventas no sirvieran para demostrar el contrato en cuestión, sirven para evidenciar en derecho que D. Joaquín Gumersindo Gómez habiendo percibido el importe de bienes vendidos particularmente, no podía después sacarlos á subasta, y pedía, se le adjudicasen por las dos terceras partes de su tasación, precio menor de aquel en que los tenía vendidos, pues nadie puede exigir el cumplimiento de una obligación satisfecha y cobrar lo que ya se le tiene pagado:

Quinto. Los artículos 984 y 986 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855, vigente á la sazón en que se seguía la ejecución por Gómez contra los Miñano; toda vez que antes del remate y adjudicación de los bienes embargados tenían pagado los ejecutados, y debieron, por consiguiente, quedar libres los bienes y no solicitarse segunda subasta, con rebaja en su peritación y la adjudicación al ejecutante del segundo avalúo por falta de postores; infracción cometida por la Sala sentenciadora al no aplicar los citados artículos ni la doctrina y regla de derecho de que á nadie le es lícito enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro, regla 17, tít. 34, Partida 7.ª:

Sexto. El art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la constante jurisprudencia contenida en sentencias, á más de otras, de 6 de Febrero y 8 de Marzo de 1886 y 8 de Abril del 85; pues aun cuando este Tribunal Supremo tiene declarado que las sentencias que absuelven de la demanda resuelven con tal fórmula todas las cuestiones del pleito, y que el recurso de casación sólo se da contra la parte dispositiva del fallo y no contra los considerandos, esto es, cuando la absolución no se ha concretado á un solo extremo de la demanda, como ocurre en el caso de autos, ni cuando la parte dispositiva de la sentencia se justifica por alguno de los considerandos del fallo, como se declara en las sentencias de 8 de Febrero de 1869, 17 de Mayo del 76 y 2 de Julio del 87; en cuanto la obligación de devolver las fincas reclamadas se funda en que al ser adjudicadas á D. Joaquín Gumersindo Gómez, estaban libres de toda responsabilidad, por hallarse completamente satisfecho del principal é intereses y costas, porque se despachó la ejecución contra los recurrentes, hasta el punto de que en la demanda no se pide el cumplimiento del contrato verbal que la Sala sentenciadora estima no probado, y en que parte de las fincas era de la propiedad de la demandante Doña Catalina Miñano; siendo evidente que la obligación reclamada nace del enunciado fundamento, pues en la hipótesis de que el repetidamente nombrado contrato verbal se hubiese probado, los recurrentes no podrían pedir la devolución de las fincas que se demandan en virtud de dicho contrato, sin que el ejecutante hubiera estado pagado cuando las fincas se le adjudicaron, por lo que la demanda no nace del contrato, sino del pago hecho por los herederos de D. Faustino Miñano, á pesar de lo cual, la sentencia recurrida prescinde de tan importantísimo extremo y desestima la demanda, sólo porque los demandantes no han probado el contrato verbal en que se supone fundan su pretensión, siendo así que piden por haber pagado; incurriendo con ello, por lo tanto, en el defecto de no ser congruente con las pretensiones de la demanda:

Séptimo. El mencionado art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil,

en cuanto la sentencia recurrida no contiene declaración respecto á los frutos de las fincas embargadas, percibidos por D. Joaquín Gurmersindo Gómez, ni á la cantidad entregada á éste por los recurrentes en unos pagarés, ni á la venta de fincas, ni á la petición de Doña Catalina Miñano de que se le devuelvan los bienes que heredó de su padre; hallándose sancionado este motivo por las sentencias de este Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1877 y 19 y 22 de Febrero del 84:

Octavo. Los arts. 1218 del Código civil, y 597, 598 y 600 de la citada ley de Enjuiciamiento; toda vez que la Sala sentenciadora ha incurrido en error de derecho al desconocer en su fallo el valor de la escritura pública de 17 de Diciembre de 1874 en lo referente al pago de costas y gastos por el prestatario, omitiendo en su sentencia este extremo, probado por un documento público, y que en nada tiene relación con las declaraciones de los testigos que ha depuesto respecto del contrato verbal; pudiendo decirse lo mismo respecto de la certificación librada por el Registrador de la propiedad, donde se acreditan las fincas que Doña Catalina Miñano heredó de sus padres, y que se sometieron indebidamente á un embargo para pagar deudas de su esposo y se adjudicaron al acreedor; y

Noveno. Los arts. 1244 y 1248 del Código, y 659 de la ley de Enjuiciamiento civil; pues si bien es cierto que el Tribunal sentenciador tiene, para apreciar la prueba practicada, y muy especialmente la testifical, amplia facultad, conforme á las reglas de la sana crítica, cuando se ha practicado prueba de esta clase á fin de acreditar distintos hechos de la demanda, no le es permitido apreciarlas relacionándolas á uno solo de ellos, como se ha hecho en la sentencia recurrida, en la que no se aprecia, en lo referente á la venta de fincas de los recurrentes antes de ser adjudicadas al recurrido, á la percepción por éste de los frutos producidos por tales fincas, y á que recibió en pagarés cantidades para abono de intereses, extremos que no tienen relación con el contrato verbal, único á que se refiere la apreciación que de la prueba ha hecho la Sala sentenciadora; la que además ha incurrido en error de hecho, resultante de los documentos citados anteriormente y de las actuaciones del pleito, que demuestran que los bienes pedidos en la demanda no se reclaman por virtud de cuplimiento de un contrato verbal, sino en razón de estar pagado D. Joaquín Gumersindo Gómez cuando los bienes se le adjudicaron, y de pertenecer parte de ellos á Doña Catalina Miñano; y que no obstante afirmar dicha Sala que sólo cuatro testigos han declarado respecto á la celebración del contrato verbal, es mayor el número de los que lo hicieron, siendo, por otra parte, la indicación que se hace de que no están en todo conformes, sin decir si el desacuerdo es en cosa esencial deficiente, y contrario á la ley pretender quitarles valor con las actuaciones del juicio ejecutivo por no haber hecho reclamación alguna los recurrentes al continuar el procedimiento de apremio, cuando no había posibilidad legal de reclamar, y haberse dejado desahuciar de las susodichas fincas; siendo así que en el juicio de desahucio no podía permitírseles promover la cuestión de propiedad; todo lo cual demuestra los errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de las actuaciones y la infracción, por aplicación indebida, del citado art. 1248 del Código civil; pues el caso de suspender unos procedimientos de apremio para procurar vender privada y particularmente unas fincas no es de los en que ordinariamente suelen intervenir escrituras, documentos privados, ó algún principio de prueba escrita; ya que el ejecutante que á tal cosa se presta, quedando vivos sus derechos, no tiene peligro de ser perjudicado; infringiéndose, por lo expuesto, además de las disposiciones citadas, las sentencias de este Tribunal Supremo de 18 de Noviembre y 29 de

Diciembre de 1868, 2, 16 y 21 de Junio del 86, 26 de Febrero del 95 y 15 de Enero del 96.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que para estimar cuál sea la cuestión propuesta por el actor, y para determinar, en consecuencia, si el fallo es congruente con la demanda, no hay que estar á todos los enunciados de hecho y de derecho que la misma contenga, sino á la petición que se formule y á sus fundamentos esenciales:

Considerando que en la súplica de la demanda de los recurrentes se determina perfectamente que lo que piden es la declaración de que los demandados están obligados á entregarles lo que corresponde al cumplimiento de cierto contrato verbal, que en la demanda se afirma haber existido, y como consecuencia, que se condene á los demandados, con los intereses, daños y perjuicios y costas; y que lo que en la demanda se dice, de que el embargo y la subsiguiente adjudicación de bienes comprendieron algunos de la propiedad exclusiva de la viuda Doña Catalina Miñaño, como heredados de su padre, es una mera exposición de antecedentes que no se concreta en las acciones reivindicatorias ó de nulidad del juicio ejecutivo á que tales hechos pudieran dar lugar, si se justificasen, y lo permitiese la posición que las respectivas partes tuvieron dentro de aquel juicio; así como lo que se alega en dicho escrito acerca de haber ya percibido el actor en el juicio ejecutivo, cuando se hizo la adjudicación, más de lo que en aquel momento acreditaba, es con relación al supuesto contrato verbal, y en el sentido de que, con arreglo al mismo, habiendo ya cobrado con exceso por ventas extrajudiciales, frutos y pagarés, según la cuenta de los recurrentes, deben los demandados devolver todo lo demás que se les adjudicó:

Considerando, por lo tanto, que al absolver la Sala sentenciadora por el sólo fundamento de no haberse justificado la existencia de tal contrato verbal, decide de modo capital el pleito, porque deja sin base alguna la demanda, y no incurre en los vicios de incongruencia que se le atribuyen en los motivos sexto y séptimo, puesto que el supuesto pago con ventas extrajudiciales, frutos de bienes y pagarés equivalentes á metálico, de lo cual nada se comprueba por la sentencia, ni en casación, es partiendo del concepto de que tal contrato estableció que las obligaciones pendientes y en trámite de ejecución contra los Miñano se solventaran en esta forma; y que por la misma razon no infringe las leyes citadas en los motivos cuarto y quinto, referentes á la extinción de las deudas en general y dentro del juicio ejecutivo por medio del pago:

Considerando que no resolviendo, según queda dicho, la sentencia sobre la naturaleza parafernal de algunas fincas que fueron comprendidas en la ejecución, porque tal cuestión, aunque indicada en los antecedentes expuestos por el actor, no fué objeto de su petición concreta, no ha podido infringir las leyes y doctrina invocadas en los motivos primero y segundo y última parte del octavo, que definen los bienes parafernales, limitan las obligaciones que los afectan y se refieren á su prueba:

Considerando que las alegaciones del motivo tercero y primera parte del octavo, de que al fijarse el contrato de préstamo celebrado entre Gómez y Miñano una cantidad alzada para costas y gastos, se excluyó la posibilidad de que el deudor pudiese ser condenado por costas á una cantidad mayor, aparte de que tampoco fué materia de la petición definida en este pleito, no es conforme á la naturaleza de tales estipulaciones, que son sólo un presupuesto para el efecto de determinar la garantía hipotecaria de los gastos y costas, pero que no afectan á la realidad de la

obligación personal, que puede resultar mayor ó menor ó ninguna, según se dé ó no lugar por el deudor á tales costas y gastos:

Considerando que la sentencia no incurre en los errores de derecho y de hecho que le atribuye el motivo noveno, porque los mismos artículos del Código civil y de la ley de Enjuiciamiento civil que en él se citan son los que, sea ó no propia del caso la justificación escrita, dejan al racional criterio de los Jueces la apreciación de la prueba testifical, que en el pleito actual no fué indebidadmente omitida en ninguno de sus extremos, puesto que todos los que la parte recurrente menciona estaban subordinados á la existencia del pretendido contrato verbal, que, según queda sentado, es la cuestión fundamental; y porque la consideración que contiene la sentencia de ser cuatro los testigos que afirman la existencia del contrato verbal, consideración que se impugna como errónea, sin citar el documento auténtico que lo demuestre, es conforme al apuntamiento aceptado por las partes, y no sería en caso alguno materia de casación, porque no afectaría á la esencia del fallo la inexactitud en la enumeración de los testigos que deponen en determinado sentido;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Catalina, D. Mariano y D. Anacleto Miñano y Miñano, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la oportuna certificación, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Garnica, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 11 de Enero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 11.—GRACIA Y JUSTICIA.—11 de Enero, pub. el 29.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS dejando sin efecto la negativa del Registrador de la propiedad del Norte de Barcelona á inscribir una escritura de redención de censo. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que las certificaciones expedidas por los Secretarios de Audiencia, con relación á lo actuado en pleitos de su referencia, tienen el carácter de documentos públicos y auténticos, con arreglo á los artículos 3.º de la ley Hipotecaria, 8.º del Reglamento para su ejecución y 280, núm. 5.º de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855:

Que tratándose de un derecho meramente personal, son inaplicables los artículos 16, 82 y 143 de la ley Hipotecaria y 113 de su Reglamento sobre requisitos necesarios para practicar la cancelación de los derechos inscritos, porque estas disposiciones se refieren, según la letra y espíritu de las mismas, declarados en el art. 65 de su Reglamento, á la manera de hacer constar la extinción de los derechos ó gravámenes de naturaleza real, *y de ningún modo los de naturaleza personal, los cuales no están sujetos á la formalidad de la*

inscripción ni son susceptibles de ella, con arreglo á la doctrina declarada en los artículos 3.º, 25, regla 7.ª, y 30 del Reglamento.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por D. José Pujol Nart contra la negativa del Registrador de la propiedad del Norte de Barcelona á inscribir una escritura de redención de censo, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente:

Resultando que D. Joaquín Arimón y Andarió, por escritura otorgada con fecha 31 de Diciembre de 1866, reconoció que debía al Banco de Barcelona la cantidad de 37.443 duros 712 milésimas, equivalentes á 74.887 escudos 424 milésimas, y manifestó que en pago de parte de esta cantidad, ó sea por título de insolutumdación, «cede y traspasa» al propio Banco 1.321 acciones del ferrocarril de Zaragoza á Barcelona, importantes 13.210 duros, y 55 censos ó derechos reales, valuados en 13.945 duros, ó sean 27.890 escudos, impuestos sobre varias fincas, sitas en los términos de Gracia y San Gervasio, estipulando, entre otros pactos y condiciones que no vienen al caso, el siguiente: «Segundo. Que mientras el Banco conserve en su poder, por no haberlas enajenado, las acciones y censos que en la presente escritura se le ceden y dan en pago por el señor Arimón, podrá éste readquirir ó retraer del propio establecimiento dichas acciones y censos ó derechos reales á la vez, no empero los últimos sin las primeras, ni viceversa; y á fin de que el Sr. Arimón pueda hacer uso de la explicada facultad, deberá avisársele por el Banco su resolución de enajenar con la anticipación, cuando menos, de tres días antes de llevarla á cabo; y en dicho caso, para que tenga lugar la readquisición ó retracto por parte del Sr. Arimón, deberá éste satisfacer al Banco, en primer lugar, la cantidad de 27.155 duros, ó sean 54.310 escudos, por la cual se hace la presente donación en pago, esto es, 13.210 duros por las acciones y 13.945 duros por los censos; en segundo lugar, los intereses á razón del 6 por 100 anual de dicha cantidad de 27.155 duros, ó sean 54.310 escudos, contaderos desde el día 1.º de Enero proximo venidero hasta el en que se realice la entrega de la misma cantidad para dicha readquisición ó retrocesión; en tercer lugar, todos los gastos que en cualquier concepto ocasione la propia readquisición ó retrocesión; y en cuarto lugar, la total cantidad que entonces adeudare, acaso todavía por resto de los 10.288 duros 712 milésimas, iguales á 20.577 escudos 424 milésimas, que actualmente le quedan de saldo negativo ó en deuda, y por sus intereses estipulados»:

Resultando que el referido Banco de Barcelona, por escritura de 5 de Febrero de 1889, «redime, y en lo menester vende y absuelve á favor de D. José Pujol Nart» un censo con dominio directo de 96 escudos de pensión anual impuesto sobre las casas números 40 y 42 de la calle Mayor del pueblo de San Gervasio de Cassolas, que el expresado D. José Pujol, como sucesor de su abuelo D. Tomás Pujol Camps, «hace y presta por razón de aquellas dos casas, unidas antes en una sola, perteneciendo dichos censos y dominio que se rediman al expresado Banco por título de insolutumdación otorgada por D. Joaquín Arimón en la relacionada escritura de 31 de Diciembre de 1866, inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que presentada en este Registro la mencionada escritura de redención de 5 de Febrero de 1889, fué suspendida su inscripción con fecha 1.º de Agosto de 1891, por dos defectos; el segundo de los cuales, pues el primero ya no es objeto de este recurso, consiste en que, teniendo dicho Banco «la obligación antes de vender los bienes de dar conocimiento de su resolución de enajenar á D. Joaquín Arimón y Anda-

rió, cuando menos con tres días antes de llevarla á cabo, no consta se le haya dado dicho conocimiento»:

Resultando que interpuesto por D. José Pujol y Nart recurso gubernativo contra esta nota de suspensión, el Presidente de la Audiencia, después de cumplidos los trámites reglamentarios, revocó con fecha 31 de Diciembre de 1892 la resolución dictada en el propio recurso por el Juez Delegado, y confirmó la nota puesta por el Registrador al pie de dicha escritura de redención, quedando firme la providencia de dicho Presidente:

Resultando que cinco años después el expresado D. José Pujol presentó nuevamente en el Registro de la propiedad aquella escritura de redención, acompañando una certificación, expedida con fecha 1.° de Septiembre de 1897 por el Secretario de gobierno de la Audiencia de Barcelona, en la que se hace constar que, habiendo promovido D. Joaquín Arimón, con fecha 23 de Agosto de 1869, juicio universal de concurso de acreedores, y habiendo presentado una Memoria explicativa de las causas que le obligaron á ello, manifestó en la misma que, en garantía de un préstamo que le había hecho el Banco de Barcelona, había entregado á este Establecimiento cierto número de acciones del ferrocarril de Zaragoza á Barcelona, y que como el precio de las mismas había ido en descenso, tuvo que ir haciendo reposiciones, «y llegado el caso de no poder más, le fueron vendidas á 10 duros, y á 12 otra partida, de 300 que de las primitivas existían en su poder», y que el importe de las 1.321 acciones vendidas por el Banco en 1867 fué de 26.420 escudos; apareciendo también de dicha certificación que en la junta de acreedores celebrada el día 11 de Noviembre de 1869, en la que se aceptó la proposición de convenio, figuraba el repetido Establecimiento por la cantidad de 24.577,424 escudos, y que esa proposición, que era de espera de dos años y de quita de un 50 por 100, se mandó llevar á efecto por auto de 10 de Diciembre del propio año:

Resultando que el Registrador suspendió por nota puesta con fecha 17 de Febrero de 1898 la redención solicitada, «por no constar subsanado el segundo defecto de la nota precedente, pues no es bastante para dicha subsanación el certificado de 1.° de Septiembre de 1897», expedido por el Secretario de gobierno de la Audiencia del territorio, «por no acreditarse en aquél que se haya cumplido la condición indicada en el referido defecto»:

Resultando que contra esta nota de suspensión interpuso el expresado D. José Pujol el presente recurso gubernativo, solicitando se declare que es inscribible la escritura de redención de censo otorgada á su favor por el Banco de Barcelona en 5 de Febrero de 1889, puesto que el fundamento del Registrador para denegar la inscripción por la suposición del segundo defecto consiste únicamente en que, teniendo el Banco la obligación, antes de vender los bienes, de dar conocimiento de su resolución de enajenar á D. Joaquín Arimón, cuando menos tres días antes de llevarla á cabo, sin que conste se le hubiera dado dicho conocimiento, resulta probado por la certificación del Secretario de la Audiencia que Arimón tuvo tal conocimiento y que aceptó el acto verificado por el Banco en 1867, toda vez que de la expresada certificación aparece: primero, que las 1.321 acciones adjudicadas con pacto de retro al Banco mediante la escritura de 1866, fueron vendidas por dicho establecimiento en 1867, según manifestó el propio Arimón en la Memoria presentada á sus acreedores en 1869; y como para la redención era necesario, según el pacto, que Arimón pudiese readquirir las acciones y los censos, no los últimos sin los primeros, y viceversa, desde el punto en que Arimón dió por bien ven-

didas las acciones, se deduce que la venta se hizo con conocimiento y consentimiento suyo por el Banco, y desde aquel momento quedó caducado también el derecho de readquirir los censos, y consumada, por consiguiente, la adquisición de ellos; segundo, que el expresado Banco no figuraba entre los acreedores de Arimón en la junta celebrada en 11 de Noviembre de dicho año mas que por la cantidad de 24.567,424 escudos, cuya cantidad era, según la citada escritura de 1866, la que quedaba Arimón adeudando al Banco después de extinguida parte de su deuda por la adjudicación de las acciones y de los censos; tercero, que en el activo de Arimón no figuraba ya como un valor de tal ó cual suma el derecho de redimir las referidas acciones y censos; cuarto, que han transcurrido más de treinta años desde la venta de dichas acciones, y aunque el Banco hubiera infringido el pacto antes expresado, habría prescrito la acción para reclamar; y quinto, que habiéndose constituído en estado legal de insolvencia por falta de medios para cumplir sus obligaciones, mal pudo utilizar el derecho de reincorporarse de las acciones y de los censos; por todo lo cual, el Banco había hecho varias redenciones de censos sin dificultad ninguna, á contar desde el año de 1870, y todas ellas habían sido inscritas en el Registro de la propiedad por los anteriores Registradores.

Resultando que, oído el Registrador, sostuvo la procedencia de su calificación, é informó: que no se ha cumplido el pacto segundo de la escritura de insolutumdación, puesto que no se ha justificado que se diera el aviso que debió darse para la venta de las acciones; que el derecho que Arimón se reservó en dicho pacto, consta consignado en el Registro, y era necesario que se cancelase para que el Banco pudiera verificar la venta; que la cancelación ha de practicarse con arreglo á lo dispuesto en el art. 82 de la ley Hipotecaria, y no consta que á este efecto haya prestado Arimón su consentimiento, pues aunque así se deduzca de las manifestaciones que hizo en la Memoria presentada á sus acreedores, según pretende el recurrente, el Registrador no puede admitir por deducción la modificación de un contrato, ni la supresión, restricción ó extinción de derechos, porque eso es asunto reservado á los Tribunales, y aun en el supuesto de admitirlo, no es documento bastante para ello la citada Memoria, porque no es escritura pública ni documento auténtico, sino documento privado que tiene por objeto la declaración de quiebra, no el renunciar al derecho reservado en una escritura pública, ni menos el de consentir en la cancelación de la reserva; que si el repetido pacto segundo se considera como una condición suspensiva, ha debido hacerse constar su cumplimiento por medio de una nota marginal ó de una nueva inscripción, según los arts. 16 y 143 de la misma ley, y para eso se necesita también documento público, y en su defecto una solicitud de los interesados, según el art. 113 de su Reglamento; y que la prescripción que se invoca por haber transcurrido más de treinta años sólo pueden declararla los Tribunales, según la doctrina consignada en las Resoluciones de 27 de Enero de 1868 y 16 de Marzo de 1881:

Resultando que el Juez Delegado declaró no haber lugar á las pretensiones formuladas por el recurrente, y confirmó en todas sus partes la nota del Registrador de 17 de Febrero de 1898, fundándose en consideraciones análogas á las aducidas por éste en su informe:

Resultando que el recurrente apeló de esta resolución para ante el Presidente de la Audiencia, exponiendo: que no se trata de una deducción más ó menos caprichosa, sino de una justificación plena, toda vez que los actos se prueban por sus consecuencias, como la salida del sol por la luz de sus rayos; que como consecuencia de los actos realizados por el Banco y D. Joaquín Arimón, queda plenamente justificado el he-

cho de la enajenación de las acciones por aquél con consentimiento de éste, los cuales actos no suponen una modificación del primitivo contrato de insolutumdación, sino la expresión clara y evidente del consentimiento de Arimón para la enajenación de aquellos valores, de la cual enajenación no podía tener conocimiento sin que el Banco le hubiese dado aviso de que la iba á realizar; que como para dar este aviso á Arimón no tenía la obligación de otorgar escritura pública—puesto que en la de insolutumdación no se le impuso dicha obligación—, se lo participó verbalmente en virtud de las buenas relaciones que entre ellos había, y si la condición se cumplió verbalmente ó por escrito, ha debido surtir todos sus efectos, dado que el único requisito que podía y debía exigírsele era la justificación de su cumplimiento; que el art. 82 de la ley Hipotecaria y el 113 del Reglamento de la misma no exigen precisamente la presentación de una escritura pública, sino de documentos públicos, y es indudable que los particulares que se contienen en la certificación del Secretario de la Audiencia tienen este carácter, porque bajo la denominación de documentos públicos se comprenden, según el párrafo 7.º del art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, las *actuaciones judiciales de todas clases*, y no puede suponerse que debiera tener mayor valor y eficacia la confesión de Arimón ante un Notario que en un escrito declarándose en quiebra ante el Tribunal competente:

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la resolución del Juez Delegado, y en su consecuencia, también la nota del Registrador, aceptando los fundamentos de dicha resolución:

Resultando que de la dictada por el Presidente de la Audiencia apeló el recurrente para ante esta Dirección, por concederse á D. Joaquín Arimón un derecho de tanteo por razón del contrato de redención del censo de que se trata, que ni la inscripción del Registro ni las leyes le conceden para este caso, puesto que no consta en la escritura de insolutumdación de 1866, ni es ya posible respecto de la totalidad *á la vez* de las cosas para las cuales se concedió, por haber consentido Arimón en la venta de las acciones, y porque no se trata de la enajenación del censo, sino de su redención, y esta es cancelación ó extinción y no enajenación, según el art. 67 del Reglamento de la ley Hipotecaria y Resolución de este Centro de 4 de Octubre de 1869; que además, Arimón no tiene personalidad para ejercitar el tanteo, porque habiendo sido declarado en quiebra, ha pasado la universalidad de sus bienes al Sindicato á título de cesión, y porque el que tenga el derecho de tanteo ó retracto se ha de poder colocar *en un todo* en lugar del nuevo adquirente (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1877 y 26 de Octubre de 1891), y como por la redención del censo se refunden los dominios y deja de existir aquél, no ha podido Arimón ejercitar el derecho en las mismas condiciones; que tampoco lo puede ejercitar dicho Sindicato, porque este derecho es personalísimo y *no puede cederse*, según ha declarado dicho Tribunal en sentencia de 31 de Diciembre de 1883, y establece el art. 7.º de la ley de 3 de Mayo de 1823, aplicables á Cataluña, según sentencias del propio Tribunal de 12 de Mayo y 25 de Junio de 1877; que el recurrente, como dueño del dominio útil, tiene el derecho de tanteo, conforme al expresado artículo de dicha ley y al 1636 del Código civil que rige en Cataluña, según la sentencia del referido Tribunal de 3 de Febrero de 1896, y concurriendo á la vez dos tanteos contradictorios, es preferible el del recurrente, que es el legal, al de Arimón, que es el convencional, y habiendo hecho uso del derecho de redimir, que es lo más, es evidente que también lo ha hecho del tanteo, que es el menos; que el contrato de redención es forzoso y reviste un interés público, porque la

refundición de los dos dominios es de utilidad pública, según la repetida ley de 1823 y el art. 1608 del Código civil; y como el párrafo 2.° del artículo 1636 de este Código no concede el tanteo legal cuando se verifica una expropiación por causa de utilidad pública, no puede aplicarse tampoco el convencional, ya que éste no tiene más extensión ni más garantía que aquél; y finalmente, que aun en el supuesto de que Arimón tuviera el derecho de tanteo, tampoco impediría la inscripción de la escritura de redención la falta del previo aviso, porque ni en Cataluña, donde por derecho foral ni siquiera podían cerrarse las escrituras de enajenación de dominios útiles sin el previo ofrecimiento á los directos, impide dicha falta la inscripción de venta de un dominio útil, pues si bien la Real orden de 7 de Noviembre de 1864 permitió cerrar las escrituras, la Real orden de 28 de Octubre de 1867 ordenó se dejaran á salvo los derechos del dominio directo, y así lo declararon para la inscripción las Resoluciones de este Centro de 18 de Noviembre de 1878, 29 de Abril de 1872, 18 de Septiembre de 1880 y 16 de Mayo de 1889, declarando últimamente la de 6 de Diciembre de 1889, en atención á lo dispuesto en el art. 1639 del Código civil, que el *previo aviso no es necesario para la inscripción*, aunque se trate de escrituras anteriores á 1.° de Mayo de 1889; no perjudicando á este recurso el de 1892, por haberse producido nuevos documentos:

Vistos los arts. 2.°, 3.°, 79, números 1.° y 2.°, de la ley Hipotecaria; 3.°, 8.°, 25, regla 7.ª; 30 y 67 del Reglamento general para su ejecución:

Vistos los arts. 280, núm. 5.°; 506, 507 y 514 de la ley de Enjuiciamiento civil de 13 de Mayo de 1855:

Considerando que en virtud de la citada escritura de *insolutumdación*, el Banco de Barcelona adquirió las 1.321 acciones de la Sociedad del ferrocarril de esta ciudad á Zaragoza, y 55 censos enfitéuticos con el dominio y prerrogativas anexos á estos últimos, entre los cuales se halla especificado el que es objeto de la escritura de redención de cuya inscripción se trata en el presente recurso:

Considerando que si bien en la primera de las citadas escrituras estipularon los otorgantes que *mientras el Banco conservase en su poder* las acciones y los censos, y en el caso que éste resolviese enajenarlos, tendría derecho el transmitente D. Joaquín Arimón á readquirir ó retraer aquéllas y éstos á la vez, y no las unas sin los otros, semejante derecho, de naturaleza personal, quedó totalmente extinguido desde el momento en que dejaron de hallarse en poder de dicho Establecimiento de crédito las acciones de la nombrada Sociedad, á consecuencia de haberlas enajenado este último con el previo consentimiento, y de todos modos, con la aprobación del mismo cedente Arimón, manifestada al aceptar tal enajenación como legítima en la Memoria que presentó al promover el juicio de concurso de acreedores, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 506 de la citada ley de Enjuiciamiento; enajenación que fué además aprobada por todos los acreedores, incluso el mismo Banco, al aceptar el convenio de quita y espera que les propuso, y se mandó llevar á efecto por la Autoridad judicial:

Considerando que para hacer constar en los libros del Registro el hecho de no hallarse en poder del referido Banco las referidas acciones, por haberlas éste enajenado con la aprobación expresa ó tácita del cedente, es documento bastante la certificación expedida por el Secretario de la Audiencia de Barcelona, porque tanto este documento como los originales que en la misma se insertan, tienen el carácter de documentos públicos y auténticos, con arreglo á los arts. 3.° de la ley Hipotecaria,

8.° del Reglamento para su ejecución, y 280, núm. 5.°, de la nombrada ley de Enjuiciamiento:

Considerando que tratándose de un derecho meramente personal, cual es el estipulado, en favor de D. Joaquín Arimón, toda vez que sólo podía ejercerlo contra el otro contratante, ó sea el Banco, en determinadas condiciones, y no contra los terceros poseedores de los referidos valores y censos, son inaplicables las disposiciones de la ley Hipotecaria que invoca el Registrador sobre los requisitos necesarios para practicar la cancelación de los derechos inscritos, porque estas disposiciones se refieren, según la letra y espíritu de las mismas, declarado en el art. 65 de su Reglamento, á la manera de hacer constar la extinción de los derechos ó gravámenes de *naturaleza real*, y de ningún modo los de naturaleza personal, los cuales no están sujetos á la formalidad de la inscripción, ni son susceptibles de ella con arreglo á la doctrina de la misma, declarada en los arts. 3.°, 25, regla 7.ª, y 30 de su Reglamento:

Considerando que, por las razones anteriormente expuestas, el Banco de Barcelona es, según los libros del Registro de la propiedad, el único dueño directo del censo impuesto sobre las dos casas sitas en el pueblo de San Gervasio de Casolas, y bajo este supuesto ha podido otorgar, como ha otorgado, válidamente la escritura de redención á favor del dueño útil ó enfiteuta D. José Pujol y Nart, sin necesidad de dar aviso alguno previo á D. Joaquín Arimón ó sus herederos de la celebración de este acto, el cual, por otra parte, tampoco puede considerarse comprendido entre los que fueron objeto de la mencionada estipulación, atendida la naturaleza especial del mismo;

Esta Dirección general ha acordado declarar, con revocación de la providencia apelada, que la escritura de redención otorgada por el Banco de Barcelona en favor del expresado D. José Pujol no adolece del defecto que le atribuye el Registrador, el cual inscribirá dicho documento en la forma procedente, con arreglo á la ley Hipotecaria y su Reglamento.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. á los efectos oportunos. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 11 de Enero de 1899.=El Director general, Ramón Cepeda.=Sr. Presidente de la Audiencia de Barcelona.

Núm. 12.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Enero, pub. el 12 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesetas.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Pedro Díaz contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, en pleito con D. Cándido Ruiz. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que para los efectos de la admisión de los recursos que tengan por fundamento errores de hecho en la apreciación de la prueba, es indispensable que exista alguna relación de antagonismo entre el hecho demostrado por documento ó acto auténtico y el aceptado en la sentencia como base del fallo, porque solamente así puede estimarse comprendido en el núm. 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que D. Pedro Díaz Tudanca, como apoderado que había sido del Administrador del Real Patronato de las Huelgas, para liquidar y percibir atrasos, pensiones de censos, rentas y derechos que se estu-

vieran adeudando á dicho Patronato, formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de primera instancia de Burgos contra D. Cándido Ruiz Esteban, en concepto de Administrador de la aludida fundación, pidiendo, entre otras cosas, se declarase que la Administración del mismo referido Patronato está obligada á abonarle: primero, el 25 por 100 de 36.492 pesetas 17 céntimos á que ascienden los beneficios obtenidos por el Patronato, merced á las gestiones judiciales y extrajudiciales del demandante, en fincas, censos y demás derechos; segundo, el mismo 25 por 100 de las pensiones atrasadas de los censos de Quintanaloranco, Busto, Bañuelos de Bureba y Caborredondo, que suman en junto 140 fanegas por año de pan mediado; y tercero, todos los gastos de manutención, viajes, costas y demás que el demandante se haya visto obligado á producir en el desempeño de su comisión:

Resultando que sustanciado el pleito por los trámites correspondientes á dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Burgos, en 12 de Julio del año anterior, pronunció sentencia confirmatoria de la del Juzgado, y absolvió al Real Patronato de las Huelgas de aquella ciudad, y en su nombre á D. Cándido Ruiz, Administrador del mismo, de la demanda interpuesta en contra de él por D. Pedro Díaz Tudanca, con imposición á éste de todas las costas:

Resultando que D. Pedro Díaz Tudanca ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.° y 7.° del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las infracciones siguientes:

Primera. La del art. 1091 del Código civil, en el concepto de que según esta disposición, la Sala sentenciadora debió estimar que la Administración del Real Patronato venía obligada á cumplir la obligación que contrajo con el recurrente, ó sea al abono de un 16 por 100 de los intereses ingresados ó reconocidos en favor de la expresada fundación, cuya obligación consta en certificación expedida por la Intendencia general de la Real Casa; y al no estimarlo así el Tribunal *à quo*, ha padecido también error de hecho en la apreciación del valor probatorio de dicho documento; y

Segunda. La de los artículos 1728 y 1729 del Código civil, en el concepto de que, con arreglo á ellos, está la parte demandada en la obligación de satisfacer al recurrente los desembolsos y gastos que la ejecución del mandato le haya ocasionado, y para cuya regulación debió y pudo señalar la Sala sentenciadora las bases en su fallo:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que para los efectos de la admisión de los recursos que tengan por fundamento errores de hecho en la apreciación de la prueba, es indispensable que exista alguna relación de antagonismo entre el hecho demostrado por documento ó acto auténtico y el aceptado en la sentencia como base del fallo, porque solamente así puede estimarse comprendido en el núm. 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, por tal razón, es inadmisible el presente recurso por el primero de sus motivos, toda vez que la orden certificada de la Intendencia, que es el documento invocado por el recurrente, en la que se dispuso que se hiciese una liquidación del 16 por 100 de intereses *que han ingresado ó se han reconocido en favor de la fundación, según indica en su solicitud*, no está en evidente oposición con el juicio que formó la Sala sobre la falta de prueba de las ventajas que reportara el

Patronato de las Huelgas por virtud de las gestiones investigadoras que á dicho litigante se encomendaron; y

Considerando que también lo es por el segundo, puesto que en la sentencia no se estiman probados los conceptos de la demanda en que el recurrente funda su derecho al reintegro de los desembolsos y gastos que dice haber realizado en la ejecución del mandato, ni en dicho motivo se impugna la apreciación de la Sala acerca de este punto en la forma que establece el texto citado de la ley procesal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Pedro Díaz Tudanca, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de Burgos la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió; publíquese este auto según previene la ley, y lo acordado.

Madrid 13 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Pedro Lavín.=José María Barnuevo.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 13.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Enero, pub. el 12 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*.—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Constantino Damiáns contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña Mercedes Plá.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el carácter que puedan tener las providencias que se suponen consentidas dentro de determinado juicio, y para los efectos del mismo, no embarazan la reclamación y éxito de un derecho en juicio distinto cuando no ha sido objeto de discusión en otro alguno:

Que en tal caso procede la nulidad de actos ó autorizaciones anteriores que obsten al derecho declarado aunque en el procedimiento respectivo no se haya cometido vicio alguno de índole meramente adjetiva:

Que á tenor de lo dispuesto en el art. 12 del Código civil, los preceptos de éste sólo pueden invocarse en Cataluña como derecho supletorio en defecto del que lo sea en el territorio de dicha región:

Que no es de estimar la infracción del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando los términos, alcance y trascendencia de la parte dispositiva de la sentencia, en relación de los fundamentos en que se apoya, implican la resolución de los extremos discutidos.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Enero de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, promovido por Doña Mercedes Pla y Masgrán, propietaria y vecina de dicha ciudad, sobre nulidad de embargo y actuaciones posteriores practicadas en ejecución de la sentencia recaída en el juicio seguido contra aquélla en reclamación de cantidades por D. Constantino Damiáns y Llivé, del comercio y de la misma vecindad; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el Don Constantino Damiáns, representado por el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez y defendido por los Licenciados D. Leonardo Magán y

D. Francisco Bernard y Partagás, éste en el acto de la vista; estándolo la otra parte por el Procurador D. Juan García Coca y el Letrado D. José Leopoldo Feu:

Resultando que en Junio de 1890 entabló D. Constantino Damiáns, ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, demanda ordinaria de mayor cuantía contra Doña Mercedes Pla y Masgrán, solicitando se condenase á ésta, en su calidad de heredera de D. Jacinto Valadia, al pago de 156.122 pesetas 25 céntimos, importe de la liquidación de cuentas habidas entre el demandante y el causante de la demanda, ó bien á que le satisficiese aquella suma mayor ó menor que resultare de la liquidación de tales cuentas é intereses legales desde la contestación á la demanda:

Resultando que seguido el juicio por todos sus trámites, pronunció el Juzgado en 4 de Abril de 1893 sentencia definitiva, por la que absolvió á la demandada Doña Mercedes Pla en cuanto al pago de la cantidad que el actor le reclamaba, debiendo proceder las partes, según lo por ellas convenido, al nombramiento de amigables componedores en la forma de derecho, reservando á las mismas el que pueda asistirles, para que luego de hecha la liquidación lo ejercite el que resulte alcanzado en el modo que lo estime conveniente; cuya sentencia quedó firme por haber desistido el actor Damiáns de la apelación que interpuso para ante la Audiencia de Barcelona, y que le había sido admitida en ambos efectos:

Resultando que en los considerandos que sirven de fundamento legal á la antedicha sentencia se establece: que si bien de autos aparece la existencia de un laudo de amigables componedores emitido por D. Francisco Zaumé y D. Mariano González, también se desprende que no resulta haberse otorgado la necesaria escritura de compromiso, por lo que tal laudo no sólo debe estimarse nulo, á tenor de los artículos 821 y 823 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, sino que no siendo posible comprobar que quienes lo pronunciaron fueron realmente los nombrados por los interesados, no podría el mismo afectar ni obligar á éstos; y que aparte de lo sentado, si se tiene en cuenta que los indicados amigables componedores hacen la manifestación de haber sido nombrados tales en convenio otorgado por D. Jacinto Valadia y D. Constantino Damiáns de fecha 9 de Agosto de 1864, y que éstos en el preámbulo de la escritura pública de 19 de Septiembre del propio año aseguran haber hecho el nombramiento de amigables componedores en escritura privada de 9 del mismo mes de Septiembre, ha de deducirse lógicamente que el convenio citado por los aludidos amigables componedores quedó anulado por el que posteriormente celebraron los interesados, y por tanto, aun supuesta la validez de su nombramiento, tampoco podría aceptarse el laudo referido y que invoca la demandada por haber sido proferido por virtud de un convenio que quedó implícitamente anulado por otro posterior celebrado por los interesados:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado, con la oportuna certificación, solicitó el D. Constantino Damiáns, por escrito de 20 de Mayo de 1895, que para el cumplimiento de aquella sentencia firme se procediese al nombramiento de amigables componedores del modo que determinan los artículos 2175 y 2176 de la ley de Enjuiciamiento civil, designando en tal concepto por su parte al Letrado D. Ernesto Vilaregut y Fatió, debiendo señalarse á la Doña Mercedes Pla un término, que no excediese de diez días, para que nombrase el suyo, y de acuerdo con Damiáns el tercero, bajo apercibimiento de designarlo el Juzgado, verificado lo cual se procedería al otorgamiento de la escritura de compromiso según el borrador que acompañaba, y sin perjuicio de las modificaciones

ó adiciones que fueren procedentes; estimándolo así el Juzgado en providencia de 21 de Mayo:

Resultando que en escrito de 4 de Junio siguiente promovió Doña Mercedes Pla incidente de previo y especial pronunciamiento para que se dictase sentencia, no dando lugar al nombramiento de nuevos amigables componedores por ninguna de las partes, en razón á haber sido ya nombrados en otra ocasión y haberse dictado el laudo correspondiente, dándose, en su virtud, por cumplida y ejecutada la sentencia pronunciada, á cuyo escrito recayó providencia el día 7, teniendo por deducida la demanda incidental, de que se dió traslado al actor Damiáns, el cual pidió reposición, que fué estimada por el Juzgado en auto de 25 de Junio, mandando reponer la antedicha providencia del 7, y estar á lo dispuesto en la de 21 de Mayo anterior:

Resultando que después de varios incidentes que no es del caso exponer, se firmó en 21 de Enero de 1896 la escritura de compromiso que autorizó el Notario de Barcelona D. Adrián Margarit y suscribió el Juzgado por incomparecencia de la demandada Doña Mercedes Pla; y después también de otros varios incidentes que no es preciso relacionar, otorgaron su laudo los amigables componedores en 16 de Abril siguiente, en el que acordaron y resolvieron por unanimidad que no había lugar á las excepciones opuestas por Doña Mercedes Pla, ni tampoco á declarar ineficaces todos los documentos presentados por Damiáns como comprobantes de su cuenta corriente con D. Jacinto Valadia; que por resultado de la liquidación de cuentas y operaciones cruzadas entre dichos Damiáns y Valadia, aquél acredita de éste la cantidad de 24.507 duros 53 milésimas, equivalentes á 122.535 pesetas 26 céntimos, y, en su consecuencia, condenaron á Doña Mercedes Pla y Masgrán, en su calidad de heredera de D. Jacinto Valadia, á que dentro del término de diez días, á contar desde la notificación del laudo, pagase á D. Constantino Damiáns la expresada cantidad, sin abono de intereses con anterioridad á la misma fecha del laudo, y sin hacer especial condena de costas:

Resultando que á petición del actor Damiáns se ordenó en providencia de 22 de Mayo del mismo año 1896 la ejecución y cumplimiento del laudo referido, y en su virtud, y sin previo requerimiento personal á la demandada, se decretó el embargo de bienes de ésta suficientes á cubrir la cantidad á cuyo pago fué condenada, decretándose también la anotación preventiva del aludido embargo que se trabó en tres fincas radicantes en Barcelona, y designándose perito para su avalúo:

Resultando que en este estado las diligencias, promovió la demandada Doña Mercedes Pla, en escrito de 21 de Noviembre de 1896, el incidente de previo y especial pronunciamiento á que el presente recurso de casación se refiere, solicitando se declarase que, pronunciada la condena contenida en el laudo de que se trata contra ella en su calidad de heredera de D. Jacinto Valadia, cuya herencia aceptó á beneficio de inventario, esa condena debe hacerse efectiva únicamente sobre los bienes hereditarios relictos por el testador, estando exentos de toda responsabilidad los pertenecientes al patrimonio particular de la Doña Mercedes, y que, en su consecuencia, se declaren nulos el embargo practicado sobre los bienes de su patrimonio particular y las demás actuaciones para el apremio y remate de aquellos bienes embargados; exponiendo sustancialmente como hechos fundamentales de su pretensión incidental: que al abrir la herencia de su difunto esposo D. Jacinto Valadia, que falleció en 31 de Agosto de 1877, lo hizo á beneficio de inventario, que empezó á formalizar ante el Notario D. Pablo Cardellach y testigos el día 28 de Septiembre siguiente, según lo acredita la copia simple que acom-

pañaba del acta notarial de su referencia; que en tal concepto no puede experimentar perjuicio alguno en razón de la herencia que aceptó bajo tal beneficio, quedando segregados sus propios bienes y derechos de toda responsabilidad hereditaria como si no fuese heredera, pues sólo debe pagar á los acreedores de aquella herencia con los bienes que heredó; que los bienes sobre que se ha impuesto la traba de autos no proceden del testador D. Jacinto Valadia, y no figuran, por tanto, en el inventario de la herencia relicta por aquél, sino que, por el contrario, son bienes propios de la Doña Mercedes, adquiridos de D. Juan Pla, padre de la alegante; que á pesar de lo expuesto, es lo cierto que el embargo y las actuaciones todas practicadas en este juicio con mira á la ejecución del laudo van contra los bienes propios de la alegante no procedentes de la herencia de su difunto esposo D. Jacinto Valadia; que los embargos y apremios deben dirigirse y hacerse efectivos en bienes del deudor, adoleciendo de nulidad los que quebrantaren el precepto legal que así lo ordena; que con la presente demanda incidental, Doña Mercedes Pla no entiende perjudicar las acciones que le competen para obtener la declaración de nulidad del laudo; y, finalmente, que el embargo de que se trata ha causado á la Doña Mercedes perjuicios que debe indemnizar Don Constantino Damiáns, por haber sido quien designó los bienes sobre que se practicó:

Resultando que con suspensión del curso de los autos principales se confirió traslado de la anterior demanda incidental al actor D. Constantino Damiáns, quien la contestó en 30 del mismo mes de Noviembre, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: que hoy no cabe ya discutir si el laudo de cuya ejecución se trata condena sólo á Doña Mercedes Pla en calidad de heredera de su difunto esposo, ó si la condena debe entenderse personal para ella, pues aun suponiendo que aceptara la herencia de su marido á beneficio de inventario, la circunstancia de haber realizado con posterioridad, y antes de haber sido satisfecho Damiáns de su crédito, distintas ventas de bienes que recibió de su fallecido esposo, la han hecho perder los derechos que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia á beneficio de inventario; que esta doctrina presupone la conservación íntegra del patrimonio hereditario hasta tanto que hayan sido satisfechas todas las deudas, pues de lo contrario cualquier heredero podría vender el todo ó parte de la herencia aceptada con tal beneficio, burlando así á los acreedores, que no tendrían medio legal alguno de hacer efectivos sus créditos; que no es cierto que los pronunciamientos de laudo cuya ejecución se pretende se refieran sólo á Doña Mercedes Pla, como heredera de su esposo, pues semejante frase no quiere decir que hoy no esté personalmente obligada al cumplimiento de aquél; que Doña Mercedes Pla no ha presentado el inventario de los bienes de su marido, acompañando solamente á la demanda un principio de toma de inventario, qué por lo mismo nada acredita, y cuya validez no reconoce esta parte; que hoy no puede ya la Doña Mercedes pedir ni presentar el completo de aquel inventario, que forzosamente debió de acompañar á su demanda como documento en que funda su derecho; que pudo muy bien suceder que Doña Mercedes hubiera heredado créditos y metálicos, en cuyo caso es evidente que por no haber satisfecho las cantidades á que viene obligada por el laudo, puede dirigirse hoy la ejecución del mismo contra sus propios bienes; que al no acompañar Doña Mercedes el inventario íntegro de los bienes relictos por su esposo, ha dejado de justificar su derecho é imposibilitado la contestación de Damiáns en un punto esencialísimo; y, por último, que al alegar Doña Mercedes en su apoyo el beneficio de inventario, era indispensable que

lo acompañase íntegro para acreditar implícitamente su validez, que lo mismo depende de haber sido principiado en tiempo hábil para ello, que de haber sido terminado dentro del término que marca la ley:

Resultando que recibido el incidente á prueba, se trajo á los autos, con citación contraria, á instancia de la Doña Mercedes Pla, una copia del inventario que en 28 de Septiembre y 30 de Octubre de 1877 y 20 de Febrero de 1878 tomó en calidad de heredera de su difunto marido Don Jacinto Valadia de los bienes dejados por éste, quedando cerrado dicho inventario en la última fecha expresada, y en la cual no figuran los bienes embargados en méritos de estos autos; y absolviendo posiciones la misma Doña Mercedes, dijo: que en la herencia de su difunto esposo sólo se encontraron bienes inmuebles, que por estar gravados de restitución, pasaron á los herederos sustitutos; que en pago á un acreedor de su marido, que judicialmente le reclamó su crédito, le hizo cesión de los derechos que le correspondían en la herencia; que no justificó á D. Constantino Damiáns el pago que hizo á los acreedores de su difunto esposo con los bienes por él dejados; y que después de aquel pago no quedan á la confesante bienes algunos provenientes de la herencia del mencionado Valadia:

Resultando que dados al juicio la ulterior tramitación correspondiente á dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia territorial de Barcelona pronunció en 13 de Abril último sentencia revocatoria de la del Juzgado, y declaró nulo el embargo decretado y trabado en los bienes del patrimonio particular de Doña Mercedes Pla, á instancia de Don Constantino Damiáns, para responder de las cantidades que éste acredite en la herencia de D. Jacinto Valadia, y nulas también, por consiguiente, todas las actuaciones practicadas con posterioridad á tal embargo; dejando sin efecto las anotaciones practicadas en el Registro de la propiedad y la administración decretada en dichos bienes, declarando asimismo que deben ser entregados á Doña Mercedes Pla los productos de las fincas en que se trabó el embargo desde que dejó de percibirlos, sin dar lugar á la indemnización de los perjuicios pedidos en la demanda, en cuyo extremo se absuelve al demandado D. Constantino Damiáns:

Resultando que D. Constantino Damiáns ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los artículos de la de Enjuiciamiento civil 1690, caso 1.°, y 1695, alegando los siguientes motivos:

Primero. Infracción del art. 4.° del Código civil, y en consonancia con él, como principios jurídicos, las leyes 7.ª del Digesto, libro 1.°, título 3.°, y 5.° del Código romano, libro 1.°, tít. 14, en cuanto la sentencia recurrida declara nulo el embargo trabado en bienes de Doña Mercedes Pla; é infríngense estas leyes porque no hay ninguna disposición que prohiba al heredero que ha tomado inventario el abstenerse, como se abstuvo la Doña Mercedes, de hacer uso del derecho ó beneficio que en tal concepto ó caso le correspondiera; abstención que, por otra parte, constituye una tácita renuncia del beneficio que, según el citado art. 4.°, debe reputarse lícita, porque ni afecta al interés público, ni consta que haya perjudicado á tercero:

Segundo. Infracción de la cosa juzgada (art. 1250 del Código civil, y leyes 3.ª, 9.ª, 12.ª, Digesto, tít. 3.°, libro 22), en cuanto Doña Mercedes Pla no utilizó en el juicio de amigables componedores la excepción nacida del beneficio de inventario, y oponiéndola ahora extemporáneamente, cercena la eficacia del laudo, reduciéndola á ciertos límites que

éste no fijó y anulándola de hecho en absoluto, porque ningún bien le queda á la Doña Mercedes de los dejados por el marido y causante:

Tercero. La doctrina sentada por este Tribunal Supremo, entre otrass en sus sentencias de 17 de Marzo de 1864, 9 de Enero de 1874, 7 de Mayo de 1878, 4 de Octubre de 1880 y 20 de Diciembre de 1888, á cuyo tenor no se da recurso alguno contra las providencias consentidas, en tanto que la Sala declaró nulas las providencias de embargo, á pesar de que contra ellas no había interpuesto ningún recurso la Doña Mercedes Pla:

Cuarto. El art. 1024 del Código civil vigente como supletorio en Cataluña, el cual ordena que el heredero pierde el beneficio de inventario si antes de completar el pago de las deudas y legados enajena bienes de la herencia sin autorización judicial, ó la de todos los interesados; siendo así que al absolver posiciones Doña Mercedes Pla confesó haber hecho cesión de la herencia de su marido á un acreedor sin la autorización antedicha:

Quinto. La jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Junio de 1888, según la que, la cuestión de nulidad de actuaciones es por su naturaleza de puro procedimiento; ya que no resulta, ni en la sentencia se supone, haberse infringido ninguno de los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, viniendo, por tanto, á declararse la nulidad de las actuaciones de que se trata por causas ó razones no derivadas de leyes adjetivas, sino de leyes sustantivas:

Sexto. Error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente de la Sala sentenciadora, la cual estima la existencia de bienes de D. Jacinto Valadia, sitos fuera de Barcelona; porque al continuar Doña Mercedes Pla el inventario de los bienes de su marido, en la escritura de 3 de Octubre de 1877 incluyó el derecho á la porción legítima y las mejoras y créditos; y como los bienes afectos al pago de esas legítimas y mejoras no los poseía D. Jacinto Valadia, ni la heredera los relacionó como suyos, resulta, no la existencia de bienes fuera de Barcelona, sino un crédito contra ellós; y al apreciar la Sala lo contrario, incurre en un error de hecho, base esencial de la sentencia, con arreglo á la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sus fallos de 30 de Octubre de 1896, 24 de Febrero y 22 de Mayo de 1877:

Séptimo. Infracción del párrafo segundo de la ley última, lib. 6.°, título 30 del Código de Justiniano, que establece el término de tres meses para concluir el inventario, y como la heredera Doña Mercedes Pla lo terminó cinco meses y veinte días después del fallecimiento de su causante Valadia, es indudable la infracción de la citada ley y la pérdida del beneficio que ella concede al heredero que formaliza inventario dentro del plazo legal de los tres meses:

Octavo. Aplicación indebida del párrafo tercero de la ley última, libro 6.°, tít. 30 del Código de Justiniano, que concede el plazo de un año para formalizar el inventario, en el solo caso de que las cosas hereditarias ó la mayor parte de ellas estén fuera del lugar en que reside el heredero, lo cual no sucede en el caso presente; por lo que la sentencia infringe la citada ley, aplicándola indebidamente, pues habiendo transcurrido los tres meses, no puede este plazo prorrogarse á un año, cuando falta la razón del privilegio; y

Noveno. La doctrina establecida por este Tribunal Supremo en repetidas sentencias, entre ellas, las de 14 de Enero de 1884, 26 de Abril, 28 de Septiembre y 2 de Octubre de 1889 y 17 de Enero de 1896, concordantes con el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuyo tenor las sentencias deben ser congruentes con la demanda, resolviendo todos los

extremos ó particulares que hayan sido objeto de petición expresa, siendo así que el fallo recurrido no hizo más que declarar la nulidad del embargo y actuaciones posteriores, pero omitiendo la resolución pedida por la Doña Mercedes Pla en su demanda acerca de que la condena contenida en el laudo debía hacerse efectiva sobre bienes del testador Valadia, quedando exentos de toda responsabilidad las pertenecientes al patrimonio particular de la demandada.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que la Audiencia de Barcelona funda la sentencia, por la que se declara nulo el embargo realizado en bienes del patrimonio particular de Doña Mercedes Pla para responder de cantidades que á D. Constantino Damiáns era en deber la herencia de D. Jacinto Valadia, con las consiguientes consecuencias legales, en la razón de haber aceptado aquélla dicha herencia á beneficio de inventario, para lo que formalizó éste antes del año fijado en la ley cuando, se trata de bienes sitos en distintos lugares, sin cometer por ello ninguna de las infracciones alegadas en los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso, porque no aparece que Doña Mercedes Pla haya realizado acto alguno que demuestre ó implique renuncia de su derecho, porque la cuestión ventilada y resuelta en el juicio de amigables componedores fué sólo referente á la existencia y cuantía del crédito reclamado por el recurrente como acreedor de D. Jacinto Valadía, é independiente por lo tanto de la responsabilidad que después se ha tratado de hacer extensiva á los bienes propios de Doña Mercedes Pla en concepto de heredera de aquél; porque el carácter que puedan tener las providencias que se suponen consentidas dentro de determinado juicio, y para los efectos del mismo, no embarazan la reclamación y éxito de un derecho en juicio distinto cuando no ha sido ni podido ser objeto de discusión en otro alguno; y porque en este caso procede la nulidad de actos ó actuaciones anteriores que obsten al derecho declarado, aunque en el procedimiento respectivo no se haya cometido vicio alguno de índole meramente adjetiva:

Considerando que al estimar el Tribunal sentenciador que los bienes que constituían la herencia de D. Jacinto Valadia radicaban en lugares distintos de la ciudad de Barcelona y del partido judicial de Granollers, no ha cometido error alguno de hecho que se derive del documento á que se refiere el motivo sexto del recurso, porque cualquiera que sea el carácter del derecho á que se alude, esto no basta para negar en absoluto la verdad de la afirmación de la Audiencia, como si no fuera posible la existencia de otros bienes sitos en parajes diversos, y que, esto supuesto, caen por su base las infracciones alegadas en los motivos séptimo y octavo:

Considerando que la cuestión promovida en el motivo cuarto la ha resuelto la Audiencia de Barcelona en virtud de aplicación que ha hecho de leyes romanas que cita en la sentencia como legislación vigente en Cataluña, por lo que es en absoluto impertinente la infracción que se alega en dicho motivo del art. 1024 del Código civil, que sólo podría invocarse, al tenor de lo dispuesto en el art. 12, como derecho supletorio en defecto del que lo sea en el territorio de dicha región:

Considerando, finalmente, que no se ha cometido la incongruencia atribuída á la sentencia en el motivo noveno, porque dados los términos, alcance y trascendencia de su parte dispositiva, en relación con los fundamentos en que se apoya, es evidente que implica la resolución y estimación del extremo que en dicho motivo se supone omitido;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Constantino Damiáns, á quien con-

denamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, devolviéndola los apuntamientos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEFISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Gonzálo de Córdoba.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique de Illana y Mier, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 14 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 14.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Enero, pub. el 14 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Declaración de quiebra.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Luis Morell contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, en pleito con la razón social Jordá y Compañía.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no es de estimar la infracción de los arts. 875, 876 y 883 del Código de Comercio por la sentencia denegatoria de la declaración de quiebra de una Sociedad cuando el acreedor que la pretende no demuestra serlo de aquélla, sino personalmente de uno de los socios:

Que el cesionario no puede ostentar derechos que no competan al cedente:

Que son improcedentes para la casación los motivos del recurso que no guarden relación con la materia del litigio ó que se funden en supuestos inexactos.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Enero de 1899, en las actuaciones sobre declaración de quiebra de la razón social Rafael Jordá y Compañía, en comandita, hoy incidentes acumulados sobre nulidad y sobre oposición á dicha declaración, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por el Gerente de dicha Sociedad D. Rafael Jordá y Bitcheto, propietario, con D. Luis Morell y Cardona, Tenedor de libros, ambos vecinos de dicha ciudad; incidentes que ante Nos penden, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Morell, dirigido por el Licenciado D. Leopoldo Cortinas y representado por el Procurador D. Felipe Cano; habiéndolo estado la Sociedad recurrida por el Letrado D. Mario Serratacó y por el Procurador D. Federico Grases:

Resultando que D. Rafael Jordá, Doña Rosa Coll y D. Nemesio Roussart, que por escritura pública de 7 de Enero de 1888 constituyeron, con el nombre de Rafael Jordá y Compañía, en comandita, una Sociedad industrial y mercantil, que había de durar hasta 31 de Diciembre de 1897, y de la que el primero sería socio colectivo y Gerente, y los otros comanditarios, suscribieron en 30 de Octubre de 1889 un documento privado, obligándose á firmar escritura de disolución de la Sociedad, á lo más tardar, la primera quincena de Junio de 1890, debiendo el Gerente

Jordá cerrar el balance-inventario general de las operaciones sociales el día 31 de Mayo de dicho año, y pactando además, entre otras cosas: *A*, que Doña Rosa Coll se haría cargo en dicha escritura de disolución, con el beneplácito y aprobacion del D. Nemesio Rousart, de todo el activo y pasivo de la Compañía, en la forma y términos que resultasen del expresado balance; *C*, que en el caso de que ese balance arrojase pérdidas ó no diese beneficio alguno, sería discrecional en la Doña Rosa aceptar ó no la casa ó cumplir lo estipulado en el documento que se relaciona; *D*, que dicho balance-inventario se levantaría en iguales modo y forma que los demás de la Compañía, pudiendo asistir á su toma Doña Rosa ó su hijo D. Celestino Moré, á fin de cerciorarse de la exactitud del mismo; *E*, que Doña Rosa, en el acto de la firma de la escritura de disolución, entregaría á D. Rafael Jordá 20.000 pesetas que éste aportó á la Compañía, y 22.500 en concepto de prima por su separación de la Sociedad; prometiendo también Doña Rosa entregar en el propio acto á D. Luis Morell, por sus gestiones y trabajos en favor del convenio, 5.000 pesetas; *F*, Jordá quedaba comprometido á firmar la escritura de disolución en el día que se le señalara, mediante la entrega de las cantidades referidas, renunciando en un todo á la gerencia y demás derechos que le correspondiesen en la Sociedad; *H*, y que cualquier divergencia que surgiere por incumplimiento del convenio, sería dirimida por amigables componedores:

Resultando que por otro documento privado de la misma fecha, Don Rafael Jordá prometió pagar á D. Luis Morell y Cardona el día de la firma de la escritura de disolución de la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, en comandita, de que era Gerente, según el convenio que firmaba en aquel día con los socios comanditarios Doña Rosa Coll, viuda de Moré, y D. Nemesio Rousart, la cantidad de 17.500 pesetas, la cual le pagaría de las 22.500 que en concepto de prima debía percibir de la Doña Rosa en el acto de la firma de dicha escritura; y si ésta no tenía efecto, y si por cualquiera causa ó motivo dejaba Jordá de cobrar dicha prima, no vendría obligado de ningún modo á entregar á Morell las 17.500 pesetas:

Resultando que D. Rafael Jordá notificó á Doña Rosa Coll en 31 de Mayo de 1890 por medio de Notario, que se iba á practicar el balance-inventario convenido, para que por sí ó por su hijo pasase á cerciorarse de su exactitud y á intervenir y aprobar las operaciones que la gerencia había de hacer antes de firmarse la escritura de disolución de la Sociedad; extendiéndose por el Gerente con la misma fecha el indicado balance, según el cual era el activo de 247.451 pesetas 38 céntimos, el pasivo de 135.887 con 40 y los beneficios obtenidos de 4.750 con 65; y requiriendo en 13 de Junio siguiente á la propia Doña Rosa y á Rousart para el otorgamiento de la escritura de disolución de la Sociedad, contestando el segundo estar conforme, pero que sentía mucho la discordia surgida entre los otros dos socios, en la cual no quería entrar, pero protestaba de los perjuicios que pudiera causar en sus intereses, reservándose sus derechos; y la Doña Rosa impugnó varias de las partidas del balance, asegurando que arrojaba pérdidas considerables y no beneficios, por lo cual dijo haber quedado sin efecto el contrato privado de 30 de Octubre de 1889, que se negó á cumplir, invitando á Jordá al nombramiento de amigables componedores; respecto del que no se pusieron de acuerdo, promoviendo cada cual para dicho nombramiento un expediente, siendo luego acumulados los dos, y resolviéndose por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona que cada una de las partes había de nombrar un amigable componedor, y el tercero había de resul-

tar del acuerdo de los mismos, y en su defecto, sería nombrado por el Tribunal; habiéndose hecho los nombramientos:

Resultando que al propio tiempo y separadamente de lo referido, Doña Rosa Coll obtuvo embargo preventivo en los bienes de la Sociedad por la cantidad de 59.732 pesetas 37 céntimos, importe de su cuenta corriente que figuraba en el pasivo de aquélla, promoviendo después, para que se condenara á la misma á pagarle dicha cantidad, un juicio declarativo, que terminó por sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona de 9 de Abril de 1892, que se hizo firme, por la que se absolvió de la demanda á la Sociedad Rafael Jordá y Compañía y á su Gerente, declarando de cargo de la demandante el alquiler del local donde había sido depositada la maquinaria embargada:

Resultando que D. Luis Morell demandó de conciliación, en 23 de Agosto de dicho año 1892, á D. Rafael Jordá, Doña Rosa Coll y D. Nemesio Rousart, para que se avinieran á firmar dentro de diez días la escritura de disolución de la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, que según contrato privado de 30 de Octubre de 1889 se obligaron á firmar lo más tarde en la primera quincena de Junio de 1890, á fin de que D. Rafael Jordá se aviniera también á abonarle dentro del término de diez días, y en el acto de firmarse dicha escritura, 17.500 pesetas de las 22.500 que en concepto de prima debía recibir de Doña Rosa Coll; que ésta se aviniera también á entregarle en igual momento 5.000 pesetas á que venía obligada por el pacto 7.º de dicho convenio; y á que tanto Jordá como la Doña Rosa le abonaran los intereses legales de esas cantidades desde 15 de Junio de 1890, sin perjuicio de su acción para reclamar en su lu ar y caso los daños y perjuicios causados ó que se le causaran: allanándose á esta demanda Doña Rosa Coll, é impugnándola Jordá, por lo cual Morell, embargando también los bienes que antes lo habían sido por Doña Rosa Coll, dedujo demanda contra ésta Jordá y Rousart en 11 de Octubre del mismo año 1892, con pretensiones iguales á las expresadas en el acto conciliatorio:

Resultando que por escritura de 22 del posterior mes de Noviembre, Doña Rosa Coll, en garantía de un crédito de 35.500 pesetas, dió y obligó á D. Luis Morell todo su crédito de cuenta corriente en la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, en comandita, de 59.932 pesetas 37 céntimos, y en seguridad de la entrega y pago á Morell, dió también, hasta cubrir dicha última suma, todos los bienes y productos de la razón social de que había de hacerse cargo en la escritura de disolución de la misma Sociedad:

Resultando que por sentencia de la Audiencia de Barcelona en juicio de menor cuantía instado por D. Narciso Mercader, fué condenado al pago de 1.936 pesetas 25 céntimos, intereses legales desde el emplazamiento, costas de ambas instancias y 1.000 pesetas por indemnización de daños y perjuicios, la mencionada Sociedad Rafael Jordá y Compañía, en comandita, contra la que obtuvieron también otras sentencias, como acreedores suyos, D. Juan Serra y Viuda de Rovira y Compañía; siendo luego aquélla declarada en estado de quiebra á instancia de Don José Coma y Casarell por auto del Juzgado de primera instancia del distrito de la Barceloneta de 13 de Mayo de 1893, que luego fué dejado sin efecto; habiéndose otorgado por D. Rafael Jordá, como Gerente de la repetida Sociedad en 24 de Noviembre de dicho año 1883, seis escrituras públicas, por las cuales, para pagar deudas legítimas de la misma Sociedad, distribuyendo el precio en dichas escrituras, vendió por la cantidad en junto de 46.887 pesetas una casa, terrenos y anejos en la villa de Gracia, la maquinaria y demás propio de la Sociedad, y los géneros

y existencias descritos en una diligencia de revisión y recuento obrante en el juicio declarativo que siguió Doña Rosa Coll:

Resultando que requerido D. Rafael Jordá en los autos instados contra él, Doña Teresa Coll y D. Nemesio Rousart por D. Luis Morell, para que exhibiera los bienes muebles pertenecientes á Rafael Jordá y Compañía, en comandita, manifestó en 9 de Enero de 1894, que sobre dichos muebles, géneros ó artículos se trabaron diferentes embargos, dos á instancia de D. Narciso Mercader y de Viuda de Rovira y Compañía, y otros por acuerdos de las Salas primera y segunda de lo civil de la Audiencia y de varios Juzgados; y para extinguir las responsabilidades que tales embargos suponían y pagar deudas legítimas de la Sociedad, había dispuesto de los muebles objeto del requerimiento, y no podía exhibirlos; incoándose contra dicho D. Rafael Jordá causa criminal por estafa, que terminó por auto de 2 de Abril de 1895, sobreseyendo provisionalmente y declarando de oficio por ahora las costas:

Resultando que con presentación del testimonio del acto conciliatorio de 23 de Agosto de 1892 y de la escritura de 22 de Noviembre del mismo año, D. Luis Morell, exponiendo que la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, en comandita, hacía mucho tiempo que no sólo había sobreseído en el pago de sus obligaciones, sino que también tenía cerrados sus almacenes, escritorios y dependencias, sin realizar operaciones ni negocios de ninguna clase, y existiendo sólo nominalmente, con grave perjuicio de sagrados intereses, solicitó se la declarase en estado de quiebra, y previa información testifical, el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque, por auto de 14 de Octubre de 1895, declaró en estado de quiebra á la repetida Sociedad, con todas las consecuencias de tal declaración:

Resultando que en 28 del mismo mes presentó D. Rafael Jordá, en su carácter de Gerente, demanda incidental sobre nulidad de dicha declaración; á la que en escrito de 6 de Noviembre siguiente, invocando el artículo 1326 de la ley de Enjuiciamiento civil, hizo también oposición, pidiendo se dejara sin efecto con las diligencias practicadas, alegando para ello que Morell no era ni había sido nunca acreedor de Rafael Jordá y Compañía, y no tenía, por tanto, personalidad para solicitar tal declaración; ampliando luego su oposición en la correspondiente demanda incidental, en que solicitó que en su día se dejara sin efecto la expresada declaración de quiebra de Rafael Jordá y Compañía y de su Gerente, bien declarando quebrada á Doña Rosa Coll, como responsable de todas las obligaciones de dicha Sociedad, ó bien sin hacer tal declaración, y siempre con imposición á Morel de la indemnización de daños y perjuicios y de las costas; á cuyo fin expuso: que Doña Rosa Coll, á pesar de la conformidad de Rousart y de él en el cumplimiento de contrato privado suscrito por los tres en 30 de Octubre de 1889, no había firmado la escritura de disolución de la Sociedad, ni se había hecho cargo del activo y del pasivo de la misma, habiendo, por el contrario, dedicado todos sus esfuerzos á destruir el activo que aquélla tenía en Junio de 1890, el cual destruyeron, en efecto, el pleito y sus incidencias promovido por la Doña Rosa, y el embargo preventivo y extracción de dicho activo que obtuvo, el depósito judicial conseguido por Morell, las costas y gastos judiciales en las 15 piezas de autos promovidos contra la Sociedad las reclamaciones de acreedores por partidas del pasivo y los gastos inherentes á la existencia de la Sociedad; que cuando recobró los bienes que estuvieron afectos á lo dicho en los dos primeros lugares, los dedicó á la extinción de lo indicado en el tercero y en el cuarto, y á la cancelación de los embargos que aquéllos habían motivado, y porque no cometió la iniquidad de emplear dichos bienes en el pago de la prima de 22.500 pesetas, y entregar

de ellos 17.500 á Morell, éste le suponía estafador; que no obstante haber manifestado Doña Rosa Coll en el acto conciliatorio de 23 de Agosto de 1892 querer cumplir el contrato privado de 30 de Octubre de 1889, no le había pagado las 20.000 pesetas por él aportadas como capital á la Sociedad, ni las 22.500 de la prima en que interesó á Morell, condiciones indispensables para que fuese un hecho tal cumplimiento, de suerte que continuaba la resistencia de aquélla; y que no era cierto hubiese desaparecido el activo de la Sociedad, sino que había sido transformado, existiendo en sustitución de los géneros y maquinaria que hubo que vender para pagar partidas del pasivo, la indemnización de daños, perjuicios y costas á que fué condenada Doña Rosa Coll por su embargo preventivo, el importe del arrendamiento del local, á que fué condenada en la sentencia de 9 de Abril de 1892, verificado por la Sociedad por cuenta de aquélla una gran partida de géneros puestos en depósito judicial de Don Celestino Moré, y no recuperados por la Sociedad, y otras condenas de costas impuestas á la Doña Rosa:

Resultando que D. Luis Morell contestó á la oposición, pidiendo se la desestimara, con imposición de costas á Jordá, alegando al efecto: que había sido y era acreedor legítimo de Rafael Jordá y Compañía, en comandita, según la escritura de convenio de 30 de Octubre de 1889 y el documento privado de la misma fecha; recordó además lo consignado en la escritura de 23 de Noviembre de 1892, agregando que la escritura de disolución de la Sociedad, que entonces estaba redactando el Notario, no se firmó por haberse negado Jordá, de donde se seguía que él quedaba repuesto en el lugar y derechos de Doña Rosa, no sólo por su crédito, sino por las 59.932 pesetas 37 céntimos de la garantía con que debía cobrarlo, con sus intereses, y por todos los bienes, maquinaria y productos de la Sociedad, dados también en seguridad del pago; quedando así probada la validez de su derecho como acreedor legítimo de la Sociedad, y la falta de su garantía con la desaparición de los bienes de la misma; que, á mayor abundamiento, Jordá fué declarado en quiebra á instancia de D. José Coma, aunque después, por haber cobrado éste su crédito sin haber convocado á los acreedores, se determinó, ó mejor dicho, se paralizó, de suerte que, aun admitiendo que al crédito de Morell, para ser tal, le faltase, como suponía Jordá, que se cumpliese una condición, fué sin embargo efectivo, y quedó vencido en el acto mismo de aquella declaración; y que para obtener la reposición de la declaración de quiebra había de probar el quebrado la falsedad ó insuficiencia legal de los hechos dados por fundamentos de ella, y además que se hallaba corriente en sus pagos:

Resultando que ambas partes suministraron prueba documental y de confesión en juicio, y sustanciado el pleito en dos instancias, la Sala primera de lo civil, por sentencia confirmatoria de 19 de Febrero de 1898, repuso el auto de 14 de Octubre de 1895, por el que se declaró en estado de quiebra á la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, en comandita, dejándolo sin efecto, así como todas las demás actuaciones practicadas en cumplimiento del mismo; declaró que D. Luis Morell no procedió con dolo, falsedad ó injusticia manifiesta al solicitar tal declaración, y le impuso las costas causadas en el incidente de oposición en las dos instancias:

Resultando que D. Luis Morell y Cardona ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, alegando haberse infringido:

Primero. El art. 875 del Código de Comercio, según el cual, procede la declaración de quiebra cuando la solicite fundadamente un acreedor legítimo; toda vez que el recurrente es acreedor legítimo por obligacio-

nes mercantiles de la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, y tiene presentada al Juzgado su reclamación en la forma determinada en las leyes, tanto que el Juzgado, estimándola en un principio justa, defirió á su pretensión:

Segundo. El art. 876 del Código de Comercio, con arreglo al cual, procede la declaración de quiebra á instancia de un acreedor que aunque no haya obtenido mandamiento de embargo justifique, como ha hecho el recurrente, su título de crédito, y pruebe que la Sociedad contra que se dirige la acción tiene cerrados sus escritorios, almacenes y dependencias; y mucho más tratándose de la Sociedad Rafael Jordá y Compañía, que no sólo no tiene domicilio conocido, según afirman sus mismos socios comanditarios, sino que la casi totalidad de sus bienes han desaparecido:

Tercero. El art. 883 del Código de Comercio, según el cual, necesariamente debió considerarse vencida la obligación contraída por Doña Rosa Coll y D. Rafael Jordá con el recurrente, aunque no se hubiese firmado la escritura de disolución de la Sociedad por causas sólo imputables á aquéllos, desde el momento en que D. Rafal Jordá fué declarado en estado de quiebra á instancia de D. José Coma y Pasarell:

Cuarto. El art. 1325 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto establece los requisitos que ha de llenar el acreedor que solicita la declaración judicial de quiebra; todos los cuales han sido cumplidamente justificados por el recurrente; y

Quinto. La doctrina constantemente sancionada por los Tribunales en materia de quiebras, en multitud de sentencias, entre otras en la de 24 de Marzo de 1886, de que es necesario para que pueda reponerse el auto por el que se acuerda la declaración de quiebra, que se justifique por el quebrado la falsedad é insuficiencia legal de los hechos que sirvieron para declarar la quiebra, y además que el quebrado se halla al corriente de sus pagos, lo que ciertamente no ha justificado en este caso la Sociedad Rafael Jordá y Compañía.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando, en cuanto á los tres primeros motivos del recurso, que los documentos privados en que se apoya D. Luis Morell, aun en el supuesto inadmisible de que se hubiera cumplido la condición, cosa distinta de los plazos de vencimiento, mediante la cual podría solamente exigir sus primas, demostrarían á lo sumo que dicho Morell era acreedor personal de D. Rafael Jordá, mas no de la Sociedad Jordá y Compañía, cuya quiebra es la que pretende que se venga á declarar:

Considerando que el crédito de 59.932 pesetas 37 céntimos figurado en el pasivo de dicha Sociedad á favor de Doña Rosa Coll, y que cedió ésta á Morell en la escritura de 22 de Noviembre de 1892 y adición del día siguiente, se hallaba declarado en sentencia firme de la Sala primera de la Audiencia de Barcelona de 9 de Abril de 1892 que no era exigible por la señora Coll, de lo que claramente se deduce que su cesionario Morell no puede ostentar tampoco por razón del mismo los derechos correspondientes al acreedor legítimo:

Considerando que el cuarto motivo nada tiene que ver con la materia del litigio, porque no se trata de si se han satisfecho los requisitos procesales necesarios para llegar á la quiebra, sino de si Morell tiene ó no el carácter de acreedor; y

Considerando que en el quinto motivo se establece como necesaria para reponer la declaración de quiebra la justificación de la insuficiencia legal de los hechos que sirvieron para dictarla, y que la declaración se ha repuesto precisamente por haberse demostrado la insuficiencia le-

gal de los títulos con que Morell pretende ser acreedor, ó lo que es igual, que no es exacto el hecho de que lo sea;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis Morell y Cardona, á quien condenamos al pago de las costas, y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 14 de Enero de 1899.=Licenciado, Jorge Martínez.

Núm. 15.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 de Enero, pub. el 21.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Juicio de amigables componedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Josefa Jolla contra la dictada por amigables componedores, en juicio con D. Juan García y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que pactándose en la escritura de compromiso para el juicio de amigables componedores, que éstos habían de dictar sentencia en un término contado desde la notificación hecha al último, y no constando cuándo tuvo esto lugar, no cabe declarar que la sentencia se dictara fuera de plazo.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Enero de 1899, en el juicio de amigables componedores seguido ante el Notario de la ciudad de Betanzos, entre D. Benigno, Doña Josefa y Doña Dolores Jolla Llanes, Médico el primero y vecino de Abegondo, y propietarios los otros dos y vecinos de Betanzos; D. Constantino Ares Mancera, perito, de esta última vecindad, y D. Juan García Naveira, propietario, vecino también de Betanzos; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación, interpuesto por Doña Josefa Jolla, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Luis Espada y el Procurador D. Carlos de Santiago; habiendo comparecido D. Juan García Naveira, representado por el Procurador D. José de Castro y Quesada, bajo la dirección del Letrado D. Aureliano Linares Rivas:

Resultando que con motivo de obras emprendidas por D. Juan García Naveira en la casa de su propiedad, núm. 8 de la plaza de Arines de la ciudad de Betanzos, surgieron diferentes cuestiones con los hermanos D. Benigno, Doña Josefa y Doña Dolores Jolla Llanes, dueños de la casa contigua núm. 7, algunas de las cuales habían motivado la celebración de convenios particulares, otras no habían llegado á ventilarse todavía, y otras eran objeto de un juicio de interdicto de obra nueva propuesto ante el Juzgado de aquella ciudad de Betanzos por Doña Josefa Jolla, propietaria de los bajos y buhardilla de la citada casa núm. 7; y con tal motivo, haciendo constar estos particulares, los tres hermanos Jolla

Llanes, D. Constantino Ares, perito, y D. Juan García Naveira, otorgaron escritura pública ante el Notario de la misma ciudad en 30 de Diciembre de 1897, con los pactos siguientes, entre otros: primero, que para resolver las cuestiones sucintamente indicadas, nombraban amigables componedores á los Abogados vecinos de aquella ciudad D. Manuel Sánchez Cordero y D. Ezequiel Núñez López, y á D. Nemesio Cobreros, Arquitecto, vecino de Lugo; segundo, que las cuestiones que sometían á su fallo eran todas las planteadas en el interdicto de obra nueva propuesto por Doña Josefa Jolla, que sustancialmente eran las siguientes: si la prolongación de la medianería de ambas casas números 7 y 8 de la plaza de Arines, desde la terminación de la anterior, ó sea desde el centro exterior de la antigua cepa medianera que sostenía el soportal hasta tocar en la línea de la nueva fachada de la casa núm. 8, debió hacerse siguiendo la dirección que la anterior medianería de ladrillo traía, ó tomando en aquel punto de terminación de la antigua cepa y tabique de ladrillo otra perpendicular á la fachada, consiguientemente á la columna ó cepa de sostenimiento del soportal empezada á construir por D. Juan García, contigua á la casa núm. 7, está ó no bien emplazada, si ocupa algún terreno de la casa núm. 7, y en tal caso, si toma en él más ó menos de los 45 centímetros convenidos por Doña Josefa y Doña Dolores Jolla y D. Juan García en contrato privado de Marzo de aquel año, determinando la manera, forma y punto en que han de medirse, según la más recta interpretación de aquel convenio; si el mencionado pilar ó cepa perjudica algún derecho de vistas, luces ó vuelos de la casa número 7, ó se entiende consentida su elevación en toda su altura al haber convenido la forma de su emplazamiento; si la fachada de la casa número 7 resulta disminuída ó estrechada con la edificación de la núm. 8; si en el referido pilar ó columna queda en disposición de que utilicen los dueños de la casa núm. 7 la parte que en él deben tener, por ser medianero entre los dos edificios y por el mencionado convenio de Marzo; y en suma, cualquiera otra cuestión relacionada con las anteriores y que se haya planteado en los autos de interdicto; resolviendo asimismo los amigables componedores acerca de la cuantía y forma de la indemnización que García Naveira deba abonar á D. Benigno Jolla por la parte de balcón y de tejado y luz de su propiedad que la continuación de la obra haga necesario cortar ó tapiar; tercero, que la resolución de las cuestiones sometidas á los amigables componedores después de examinados los autos de interdicto, oídas las explicaciones de las partes, inspeccionadas las citadas casas y practicado todo lo que juzguen oportuno para su mayor esclarecimiento, procederían en la siguiente forma: A. En aquellas cuestiones en que estimaren que hubo extralimitación por parte de García Naveira, le condenarán á repapar el daño que haya causado en la forma establecida por la ley de Enjuiciamiento civil para la ejecución de las sentencias; pero al mismo tiempo propondrán la que estime oportuna para compensar dichos daños con obras en la casa núm. 7, y si fuese aceptada por ambas partes, hará innecesaria la reparación en la forma antes mencionada: B. En aquellos puntos en que estimasen que no hubo extralimitación por parte de García Naveira, autorizarán la continuación de la obra en la forma en que se estaba ejecutando, sin que á ello pudieran oponerse las otras partes: C. Si en alguna cuestión los amigables componedores reconociesen como dudosa la extralimitación, por ser aquélla opinable é igualmente atendibles las razones de ambas partes, acordarán un medio de compensar á los dueños de la casa núm. 7 de los daños que tal cuestión dudosa les origine y que concilie á la vez sus intereses y los de D. Juan García Naveira; siendo obligatorio para todos

los interesados este medio de compensación; y cuarto, los amigables componedores dictarán su sentencia en el término de un mes, contado desde la notificación y aceptación del último; y si los dos amigables componedores, D. Manuel Sánchez Cordero y D. Ezequiel Núñez López, estuvieren conformes en la resolución de todas las cuestiones sometidas á su conocimiento, bastarán sus dos votos, que constituyen la mayoría absoluta, para dictar sentencia válidamente obligatoria para las partes; y los otorgantes se someten y obligan á respetarla y cumplirla; y si no hubiera esta conformidad entre dichos amigables componedores, deberán reunirse con D. Nemesio Cobreros, y lo que decida la mayoría de los tres constituirá la sentencia, que será en igual forma respetada y cumplida por los otorgantes:

Resultando que al siguiente día de la fecha de esta escritura, ó sea en 31 de Diciembre, les fué notificado el nombramiento de amigables componedores á D. Manuel Sánchez Cordero y D. Ezequiel Núñez López, que aceptaron el cargo, no constando en autos la fecha en que se hizo saber el nombramiento á D. Nemesio Cobreros; y en 18 de Febrero próximo pasado, aquellos dos amigables componedores comparecieron ante el mismo Notario que autorizó la escritura de compromiso, y haciendo presente que se hallaban de acuerdo completamente en todos los puntos sometidos á su decisión, dictaron sentencia, por la que, teniendo en cuenta la estipulación prevista en la letra C de la escritura de compromiso, resolvieron: primero, que D. Juan García continúe su obra en la forma en que lo está realizando hasta su terminación; segundo, que Doña Dolores, Doña Josefa y D. Benigno Jolla Llanes podrán utilizar la medianería de la cepa y del tabicón de ladrillo que ha de separar ambas casas á la parte de adelante, á contar desde la terminación de la pared medianera y en toda su extensión de arriba á abajo, sin necesidad de indemnización de ninguna clase al D. Juan García, si bien respetando al exterior la ornamentación de la cepa, excepción hecha de la cornisa que alrededor de la nasina corre á la línea del primer piso, la cual cornisa podrán rozar Doña Dolores y consortes por la parte lateral de la cepa que da á su casa, respetándola al frente y demás costados; tercero, que Doña Dolores, Doña Josefa y D. Benigno podrán elevar la buhardilla de su casa hasta un metro más de la altura que actualmente tiene, sin que por esta mayor elevación tengan que pagar nada á Don Juan García por razón de dicha obra, considerándose como buhardilla la parte más elevada de dicha casa que tiene luces y vierte las aguas de su tejado hacia la citada plaza de Arines; cuarto, que esta última concesión hecha á Doña Dolores, Doña Josefa y D. Benigno quedará sin efecto siempre que dieren á la citada buhardilla mayor elevación de la expresada; quinto, que las resoluciones precedentes no afectan en nada á los derechos respectivos de ambas partes en cuanto al resto de la pared medianera que queda completamente á salvo; sexto, finalmente, que Don Juan García, como compensación debida al D. Benigno Jolla por la parte del balcón, tejado y luz de su propiedad, que la construcción de la obra haga necesario cortar ó tapiar, habrá de hacer de nuevo el tabique de la fachada del segundo piso en la parte que afecta á la habitación contigua á la casa de aquél, echándole en el centro una luz corrida en vez de las dos que actualmente tiene:

Resultando que dentro del término legal, y acreditando tener pendiente la información de pobreza, Doña Josefa Jolla Llanes interpuso recurso de casación, fundado en los dos extremos comprendidos en la causa tercera del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo:

Primero. Que la sentencia de los amigables componedores no puede decirse dictada dentro del plazo señalado en el compromiso, porque nombrado el tercero sólo para el caso de discordia entre los otros dos, y habiendo estado éstos conformes, no ha habido más amigables componedores que los dos primeros, y así vinieron á reconocerlo en el mero hecho de no haber contado para nada con el tercero; deduciéndose de aquí, que habiendo sido nombrados los amigables componedores en 30 de Diciembre de 1897 y aceptado el nombramiento los dos que dictaron el laudo en 31 del mismo mes, el término para resolver concluyó en el mismo día del mes de Enero, con arreglo al núm. 4.º de la escritura de compromiso, resultando por tanto infringido el núm. 20 del art. 800, en combinación con el 828 de dicha ley procesal:

Segundo. Que los amigables componedores, además de no haber fallado ninguna de las cuestiones que les fueron sometidas en la cláusula 2.ª de la escritura de compromiso, habían resuelto las siguientes cuestiones no sometidas á su decisión: primero, imponiendo en los números 3.º y 4.º de la parte dispositiva una especie de servidumbre á la casa núm. 7, diciendo que sus propietarios podrán elevar la buhardilla hasta un metro de altura, y declarando lo que se debe considerar como buhardilla; y segundo, privando á D. Benigno Jolla, en el núm. 6.º de la misma parte dispositiva, de una parte de balcón, tejado y luces, y alterando la disposición de éstas, sin la indemnización previa de que habla expresamente el núm. 5.º de la escritura de compromiso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que en la cláusula 1.ª de la escritura de compromiso se nombraron tres amigables componedores, disponiendo la 4.ª que dictarán sentencia en el término de un mes, á contar desde la notificación hecha al último, lo que obliga á tomar como punto de partida para el plazo la del tercero; y que no habiendo hecho constar la recurrente cuándo se efectuó ésta, no cabe declarar que la sentencia se dictara fuera de plazo, y es improcedente por tanto el primer motivo del recurso.

Considerando que autorizados los amigables componedores por la cláusula 3.ª de la escritura indicada para compensar daños con obras y para resolver los puntos dudosos por el mismo medio de las compensaciones, no es admisible la alegación de que en la sentencia, que precisamente manda efectuar obras por vía de compensación, se hayan resuelto extremos no sometidos á la decisión de los que la dictaron; y

Considerando que aun en el supuesto de que la recurrente tuviese ante este Tribunal la representación de su hermano D. Benigno, como en la cláusula 5.ª se obligó éste á aceptar la indemnización en la forma que determinasen los componedores, y éstos la dan en el sexto pronunciamiento de su fallo, en la que, usando de sus facultades, tienen por conveniente, es visto que tampoco bajo este aspecto puede sostenerse que se hayan extralimitado, y que por todo ello es también improcedente el segundo de los motivos alegados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Josefa Jolla Llanes, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Ricardo Gullón.

=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.= Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 16 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 16.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 de Enero, pub. el 15 de Feb.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Victoria Cubas contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en incidente con D. Indalecio García.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que según la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, no puede recurrirse en casación contra las resoluciones denegatorias de la nulidad de actuaciones que no impidan el curso del pleito principal:

Que en tal caso es evidente la improcedencia del recurso, con arreglo á los números 1.º del art. 1690 y 3.º del 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que en autos sobre alimentos provisionales, seguidos ante el Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de esta corte por D. Indalecio García Obregón con su esposa Doña Victoria Cubas y Muñoz, ésta, con fecha 19 de Julio de 1897, dedujo demanda incidental de nulidad de actuaciones, y habiendo sido admitida en providencia de 26 del mismo mes, la parte del García Obregón solicitó se reformase tal acuerdo:

Resultando que tramitado este incidente, el Juzgado, en auto de 11 de Agosto del expresado año, desestimó la reforma interesada, y admitida en un solo efecto la apelación que interpuso el D. Indalecio García, la Sala segunda de lo civil de esta Audiencia territorial, por otro auto, ya firme, de 18 de Abril de 1898, revocando el apelado de 11 de Agosto anterior, declaró improcedente la admisión y tramitación del incidente de nulidad:

Resultando que habiendo seguido entre tanto la sustanciación de éste en el Juzgado, el mismo lo resolvió en sentencia de 21 de Marzo de 1898, por la cual se absolvió de la demanda al D. Indalecio García Obregón, imponiendo las costas á la actora Doña Victoria Cubas:

Resultando que interpuesta contra esta sentencia por la misma parte actora apelación, que fué admitida en ambos efectos, la aludida Sala acordó se pusieran en el rollo correspondiente testimonio de los autos de 11 de Agosto de 1897 y 18 de Abril de 1898, el último de los cuales, revocatorio del primero, estimó improcedente la admisión y tramitación del incidente de nulidad á que se refiere la resolución apelada; y en su virtud, en otro auto de 9 de Mayo anterior, declaró no haber lugar á tramitar la apelación de que se trata, con imposición de las costas á la apelante:

Resultando que Doña Victoria Cubas y Muñoz ha interpuesto recurso

de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 2.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. La ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, en cuanto por ésta se ordena que no valga el juicio que da el juzgador sobre cosa que no fué demandada ante él:

Segundo. El art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el que se preceptúa que las sentencias sean congruentes con las pretensiones deducidas por los litigantes; y

Tercero. La doctrina consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo, fechas 18 de Enero de 1869, 9 de Octubre de 1889, 10 de Noviembre de 1891, 7 de Mayo de 1896 y 4 de Marzo de 1897, en cuanto por ellas se declara que los Tribunales en negocio civil no pueden proveer de oficio, sino que han de resolver siempre sobre peticiones formuladas por las partes, limitando su resolución á las cuestiones que formulen los litigantes, siendo en otro caso sus sentencias revocables é incongruentes:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que rechazado ejecutoriamente el incidente por el auto de 18 de Abril que consintió Doña Victoriana Cubas, y siendo jurisprudencia establecida que no puede recurrirse en casación contra las resoluciones denegatorias de la nulidad de actuaciones que no impidan el curso del pleito principal, como sucede en este caso, en el que puede seguirse el juicio sobre alimentos provisionales, es evidente la improcedencia del recurso interpuesto, con arreglo á lo que disponen el núm. 1.º del art. 1690 y el 3.º del 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque el auto de 9 de Mayo, objeto de la impugnación, no tiene el concepto de definitivo que exigen dichos preceptos;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Victoria Cubas y Muñoz, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de Madrid la correspondiente certificación, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 16 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 17—TRIBUNAL SUPREMO.—17 de Enero, pub. el 15 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Declaración de hijo natural.*

Auto decidiendo no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. I. Ll. contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de ..., en pleito con Doña M. de M.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la ley procesal, es inadmisible el recurso cuyos motivos contradicen la apreciación de la prueba sin llenar las formalidades que la ley prescribe.

Resultando que D. I. Ll. F. solicitó en demanda de juicio de mayor cuantía, de fecha de 3 de Marzo de 1896, formulada ante el Juzgado de primera instancia de ..., que se le declarase hijo natural de D. G. R.

de Ll. y S., con todas la consecuencias y derechos correspondientes á tal declaración; é impugnada dicha demanda por Doña M. de D. M. y R. de Ll., se tramitó el pleito en el enunciado Juzgado y en la Sala ... de la Audiencia de ..., siendo confirmada por ésta, en sentencia de 1.º de Julio del próximo pasado año 1898, la que aquél pronunció desestimando las pretensiones del demandante:

Resultando que entre los fundamentos de la indicada sentencia y en parte de sus considerandos, se consigna no haber justificado el actor que fuera hijo del D. G., así como tampoco que el propio D. G. atendiese á lós gastos de la lactancia y manutención de aquél:

Resultando que D. I. Ll. F. ha interpuesto recurso de casación como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando haber infringido la sentencia recurrida la ley 11 de Toro, que exige para ser tenidos por naturales los hijos no legítimos el que hayan sido habidos por personas que al tiempo de la concepción ó del parto pudieran casarse justamente con tal que el padre los reconozca; esto es: primero, la capacidad de los padres para contraer entre sí matrimonio; y segundo, uno ó más actos del padre que signifiquen el reconocimiento de la filiación, sin que se haya alegado nada en el pleito respecto á la no existencia del primero de los indicados requisitos; habiéndose sólo discutido en cuanto al segundo, acerca del cual es necesario recordar que nuestra antigua legislación no requería se hiciese el reconocimiento por el padre de un modo especial y determinado, cual hoy lo exige el Código, sino que bastaba cualquier acto, de cualquier naturaleza, siempre que significase aquel propósito; y de la sentencia recurrida resultaba existieron dichos actos, pues no negaba que D. G. R. pagó, mientras vivió, una pensión á los que recogieron al niño, hoy demandante, y claro es que tal hecho bastaba para significar el reconocimiento de la paternidad:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que en el recurso se señala la infracción de la ley 11 de Toro, dando por supuestos hechos que la sentencia declara no estar justificados, y como esto contradice la apreciación de prueba que en la sentencia se hace, sin llenar las formalidades que la ley prescribe, se está en el caso de inadmisión del núm. 9.º del art. 1729 de la ley procesal;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. I. Ll. F.; no se hace condena de costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; líbrese á la Audiencia de ... la oportuna certificación, devoviéndola el apuntamiento que ha remitido; y publíquese este auto en la forma que previene en su segundo párrafo el art. 1793 de la citada ley de Enjuiciamiento civil.

Madrid 17 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ante mí, Licenciado Hilario María Gonzalez y Torres.

Núm. 18.—TRIBUNAL SUPREMO.—19 de Enero, pub. el 1.º de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Adjudicación de bienes.*—Sentencia declarando no haber lugar á los recursos interpuestos por D. Santiago Nicolás García y D. Valentín Valdovinos y otros contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Francisco Mayor y otros. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no se infringe la ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª por la sentencia que fija previamente la inteligencia verdadera de una cláusula testamentaria, cuando esto es preciso para resolver las cuestiones planteadas en el pleito:

Que la ley 22, tít. 3.º, Partida 6.ª, al exigir actitud legal en el heredero extraño para serlo al tiempo de otorgarse el testamento, de fallecer el testador y de aceptar la herencia, se refiere manifiestamente á las causas de incapacidad ó indignidad del heredero instituído, y no á las condiciones impuestas al mismo por el testador.

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Enero de 1899, en el pleito sobre adjudicación del quinto de las herencias de D. Antonio Calleja y Doña Ana Muñoz á sus parientes pobres, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso de esta misma corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, entre otros muchos interesados, por los siguientes: de una parte, D. Santiago Nicolás García, jornalero, de esta vecindad, en concepto de marido de Doña María Magro Calleja; de otra, D. Valentín Valdovinos Calleja, labrador; Don José Esteban Valdovinos, propietario; Doña María Antonia Calleja Valdovinos, asistida de su marido D. Pedro del Olmo; Doña Josefa Redondo Calleja; Doña Cipriana Torres Calleja; Doña Tomasa Calleja Benito, autorizada por su marido D. Hipólito Gamo Alguacil, labradores; Don Santos de Torres Calleja, jornalero; D. Celedonio Esteban Valdovinos, por sí y como marido de Doña Lucía Vergés Redondo, labradores, y Doña Angela Calleja Valdovinos, autorizada por su esposo D. Manuel García Alonso, labradores, vecinos todos de Tamajón; Doña Victoriana Guijón Redondo, esposa de D. Juan García Alvarado, jornalero, y Doña Ezequiela Guijón Redondo, vecinos de esta corte, y D. Angel de Torres Calleja, propietario, domiciliado en Montarrón; de otra parte, D. Carlos Calleja Benito, jornalero; Doña Santos Dolores Sanz Calleja, representada por su marido D. José García González; D. Manuel Yela y González, jornalero, en representación de su esposa Doña María Torres Calleja, y Doña Joaquina Santamaría, viuda de D. Emilio Calleja Alonso, por sí y en representación de sus hijos D. Rafael Calleja Santamaría, todos de esta vecindad; de otra parte, D. Francisco Mayor Martínez, jornalero, en representación de su esposa Doña Gregoria Muñoz; D. Nicolás García Martín, jornalero, como marido de Doña Marcelina Martínez Muñoz; D. Marcos López Velasco, jornalero, en representación de su esposa Doña Teresa Santamaría Muñoz, y Doña Tomasa Victoria Santamaría Muñoz, vecinos también de esta corte; de otra, D. Juan Vicente Gómez Mínguez, labrador, vecino de Tamajón, en concepto de cesionario de D. Felipe Muñoz García; y por último, el Ministerio fiscal, sustituído en el curso del pleito por el Abogado del Estado; pendiente ante Nos, en virtud de recursos de casación interpuestos por el Procurador

D. Angel Calvo, con la dirección del Letrado D. Isidro Pérez y Oliva, en defensa de D. Santiago Nicolás, y por el Procurador D. Julián Muñoz, con la dirección del Letrado D. Luis Martorell, en nombre de Don Valentín Valdovinos y litissocios; habiendo comparecido en estos recursos las otras cuatro partes mencionadas, defendidas y representadas respectivamente: la de D. Carlos Calleja y litissocios, por el Letrado D. Leopoldo Cortinas y el Procurador D. José de Castro; la de D. Francisco Mayor y consortes, por el Letrado D. Ramón Soler y el Procurador D. Gregorio Fernández Voces; la de D. Juan Vicente Gómez, por el Letrado D. Agapito Martínez Vicente y el Procurador D. Luis Montiel, y el Estado por su representación en este Tribunal:

Resultando que los consortes D. Antonio Calleja Alguacil y Doña Ana Muñoz Robledillo, la hija de ambos Doña María Josefa Ruperta Calleja y el marido de ésta D. Angel Redondo Calleja, otorgaron testamento en esta corte en 28 de Julio de 1834, por el que se confirieron poder amplio, firme y eficaz al que de los cuatro sobreviviera, recíprocamente el uno al otro, para que en nombre de los mismos el sobreviviente ó sobrevivientes, juntos é *in solidum*, formalizasen y ordenasen el testamento y última voluntad del que primero falleciese, haciendo en él los legados que les pareciese, con otros particulares que no son del caso; siendo la voluntad de todos que el último que falleciera de los cuatro otorgantes, no teniendo herederos forzosos, dispusiera por testamento ó como le pareciera, que las tres cuartas partes de los bienes que poseyera ó quedasen por su muerte, se distribuyeran entre los parientes pobres de todos cuatro, teniendo presentes las casas de Misericordia y necesidades de infelices menesterosos, aunque no fueran de la parentela, nombrando para esta distribución persona de su confianza:

Resultando que sobre la validez de este testamento poder y de otras disposiciones testamentarias posteriores, promovió pleito D. Santiago Nicolás García, como marido de Doña María Magro Calleja, que terminó por sentencia de este Tribunal Supremo de 27 de Septiembre de 1882, en la que considerando válido dicho testamento-poder en cuanto al quinto de las sucesiones de D. Antonio Calleja y su mujer Doña Ana Muñoz, se declaró que Doña María Magro Calleja tenía derecho á la parte que como pariente pobre y en la proporción establecida por dicho testamento le correspondiera en el quinto de los bienes que, hechas las rebajas procedentes, hubiesen dejado á su fallecimiento aquéllos; condenando, por consecuencia de esta declaración, á Pablo Redondo Moreno á la entrega de dicha parte de bienes, cuya distribución haría la persona que designara el Juzgado en defecto de la que debía nombrar el último sobreviviente; habiendo quedado establecido en las diligencias de ejecución de este fallo, por auto del Juez de primera instancia del distrito del Congreso de 25 de Octubre de 1883, que el importe líquido de dicho quinto de bienes era el de 108.807 pesetas 5 céntimos, y que la adjudicación ó distribución entre los partícipes se efectuaría por el partidor designado por el Juzgado:

Resultando que á petición de Doña María Magro Calleja, para cumplir lo establecido en el testamento-poder susodicho, de conformidad con el Ministerio fiscal, ordenó el Juez, en 20 de Diciembre de 1894, que se llamara por edictos á los que se creyeran con derecho al quinto de los expresados bienes; y publicados que fueron en los periódicos oficiales y sitios públicos de costumbre y en los lugares de la procedencia de los causantes D. Antonio Calleja y Doña Ana Muñoz, comparecieron numerosos interesados en diferentes grupos; y oído el Ministerio fiscal, se convocó á todos á junta general, que tuvo lugar en 17 de Mayo de 1886, y no

habiéndose llegado á un acuerdo entre las partes, se dió por terminado el acto y se mandaron entregar los autos á la represntación de la demandante Doña María Magro Calleja, que formalizó demanda en 26 de Octubre del mismo año, con la pretensión de que se declarase que ninguno de los que habían comparecido en virtud de los edictos publicados tenía derecho á los bienes de que se trataba, y que por lo tanto debían ser adjudicados única y exclusivamente á ella, cuyo derecho se hallaba reconocido por sentencia firme, á cuyo efecto alegó, en cuanto es pertinente y tiene relación con los que hoy litigan; que con las partidas presentadas por Doña Gregoria Muñoz, esposa de D. Francisco Mayor, y por las tres interesadas que en su unión habían comparecido, no se justificaba su entronque con la causante Doña Ana Muñoz Robledillo; que tampoco justificaban su entronque con D. Antonio Calleja, por no haber presentado las partidas correspondientes, D. Carlos Calleja Benito y sus tres litis socios, si bien el primero estaba en cuarto grado con el testador y los demás en quinto; que D., Juan Vicente Gómez, comparecido en el concepto de cesionario de D. Felipe Muñoz García, á quien suponía pariente en sexto grado de consanguinidad con la testadora Doña Ana Muñoz, debía ser excluído, en primer lugar, por no haber acreditado dicho parentesco, y además, porque no pudiendo tener el cesionario carácter de pariente, no podía ser admitido á la adjudicación de los bienes del quinto; que D. Valentín Valdovinos Calleja y los doce personados con él, no demostraban encontrarse en el grado de parentesco que exigen las leyes, y siete de ellos concurrían en representación de sus padres, que suponían existentes al tiempo del fallecimiento de los causantes, y los otros seis, si bien aparecían en el cuarto grado, no justificaban su cualidad de pobres, además de lo cual, á su tiempo se haría constar que ninguno de estos seis aspirantes era pobre, y que algunos de ellos eran propietarios y ejercían profesiones; que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo podían considerarse comprendidos en el testamento-poder de que se trataba, aquellos parientes que, según la legislslación vigente en la fecha del testamento, tenían derecho á suceder abintestato, en cuyo caso se encontraba sólo la demandante además de Doña Justa Cucalán Calleja, á quien faltaba la condición de pobre; que en la sucesión de colaterales se extingue el derecho de representación en el cuarto grado, y en su virtud sólo los parientes existentes en la actualidad, de los que en la época en que se abrieron las sucesiones estaban dentro de la calidad de parientes llamados á herencia intestada por la legislación vigente en 1834, serían los que podrían únicamente ser admitidos á la distribución de los bienes, siempre que además reunieran la cualidad de pobres; y que habiéndose prevenido en los edictos que los que se creyeran con derecho á los bienes acudieran provistos de los títulos de su derecho, era indudable que para comparecer en forma debieron presentar las debidas justificaciones, tanto de su parentesco como de su pobreza, pues de la concurrencia de ambos requisitos arranca su derecho; sin embargo de lo cual, ninguno de los aspirantes había acreditado su cualidad de pobreza:

Resultando que D. Carlos Calleja Benito y sus tres litissocios contestaron la demanda en 6 de Junio de 1887, pidiendo se declarase que tenían derecho á disfrutar la parte correspondiente del quinto dejado por los testadores, sosteniendo al efecto: que con las partidas presentadas habían demostrado suficientemente su entronque con el testador, y alegando que debían ser admitidos á la sucesión todos los parientes que probasen esta cualidad, ya fuese por derecho propio ó en representación; y que la cualidad de pobres la probarian á su tiempo:

Resultando que D. Juan Vicente Gómez Minguez contestó asimismo

la demanda en el indicado concepto de cesionario de D. Felipe Muñoz García, pidiendo se declarase que de los opositores que se habían personado sólo tenían derecho á los bienes los que por derecho propio ó por representación ó cesión tuvieran ó trajeran causa de los parientes de los testadores que hubieran nacido antes del fallecimiento de ellos, acaecido en 26 de Agosto de 1836 y 15 de Enero de 1848, en cuyas fechas adquirieron respectivamente el derecho á dichos bienes, mediante la concurrencia de parentesco y pobreza exigidos en el testamento; y que en el concepto en que él intervenía tenían derecho á los citados bienes en la proporción correspondiente; en apoyo de lo cual alegó, en cuanto es esencial, que con las partidas presentadas quedaba justificado que su cedente D. Felipe Muñoz, nacido en 26 de Mayo de 1824, era nieto de un primo carnal de la testadora, y que además había sido y era en la actualidad pobre de solemnidad, y que de los derechos adquiridos había podido disponer libremente como lo habia hecho:

Resultando que Doña Gregoria Muñoz, representada por su marido D. Gregorio Muñoz, y las tres interesadas que con ella litigan, evacuaron el traslado en escrito de 4 de Junio de 1888, pidiendo se les reconociese derecho á la parte correspondiente, en unión de los demás interesados que justificasen su condición de parientes pobres de los testadores; y después de sostener que con las partidas presentadas se justificaba cumplidamente que eran parientes en línea colateral y en quinto grado de la testadora Doña Ana Muñoz, y que eran pobres en sentido estricto como demostrarían, alegaron: que no habiendo los testadores nombrado los parientes determinados que habían de suceder en los bienes, era evidente, con arreglo á la ley 17, tít. 3.°, Partida 6.ª, que todos sus parientes debían concurrir simultáneamente y no por orden de grado ó sucesión, que pugnaría con la explícita voluntad de aquéllos, que instituyeron á todos los parientes con igualdad, aun cuando no fueran de igual grado:

Resultando que D. Valentín Valdovinos Calleja y los doce con él personados contestaron á su vez la demanda, pidiendo se les reconociese derecho á participar del quinto de los bienes relictos por los testadores, sosteniendo que, con los documentos y árbol genealógico que tenían presentados, estaba demostrado que seis de ellos eran parientes de Don Antonio Calleja dentro del cuarto grado civil, y los otros siete, si bien no alcanzaban más que el quinto grado, representaban los derechos adquiridos por otros parientes del cuarto que murieron después que el testador, y que los transmitieron al morir por sucesión, que no podía confundirse con el derecho de representación, y que la condición de pobreza no podía traerse acreditada *à priori,* sino que tenía que sér demostrada dentro de los autos en que había de producir su efecto y en el período probatorio correspondiente:

Resultando que evacuados por los demás opositores personados los traslados respectivos, se comunicaron los autos al Ministerio fiscal, y de conformidad con su dictamen, fundado en el decreto de 16 de Marzo de 1886, se dejó sin efecto dicha comunicación y se mandaron entregar los autos con el referido objeto al Abogado del Estado, quien los devolvió á su tiempo con la fórmula de «Vistos»; y renunciado después por la demandante el trámite de réplica, se recibieron los autos á prueba:

Resultando que por parte de D. Juan Vicente Gómez Mínguez se practicó prueba testifical con el fin de justificar que su cedente D. Felipe Muñoz García es pobre de solemnidad é implora la caridad pública; á instancia de la representación de Doña Gregoria Muñoz y consortes se trajo á los autos testimonio de una sentencia de 26 de Febrero de 1889,

por la que se les declaró pobres en sentido legal para litigar en estos autos; y por parte de D. Carlos Calleja Benito y litissocios se unió á los autos testimonio de otra sentencia de 2 de Noviembre de 1888, que les reconoció asimismo el beneficio de la defensa por pobre para litigar con los aspirantes al quinto de los bienes de las sucesiones de D. Antonio Calleja y Doña Ana Muñoz:

Resultando que D. Valentín Valdovinos Calleja y sus doce litissocios articularon prueba, quedando reducida la practicada á un requerimiento, dirigido á su instancia á las demás partes personadas, para que manifestasen si estaban conformes con la legitimidad de los documentos presentados, sin que por ninguna de aquéllas se opusiese cosa alguna; á una certificación, traída á los autos á su instancia, expedida por la Administración de Contribuciones de Guadalajara, de fecha 17 de Octubre de 1890, de la que resulta que, examinado el repartimiento de inmuebles, cultivo y ganadería de Torrejón, correspondiente á aquel año económico, aparecían los herederos de D. Angel de Torres Calleja con una peseta y 82 céntimos por el cupo del Tesoro y recargos municipales; D. Santos de Torres Calleja con 15 pesetas y 68 céntimos por igual concepto; D. Celedonio Esteban Valdovinos con 116 pesetas 31 céntimos; D. José Esteban Valdovinos con 125 pesetas y 2 céntimos, y Don Valentín Valdovinos Calleja con 14 pesetas y 50 céntimos por el expresado concepto, sin que de dicho repartimiento apareciesen como contribuyentes ninguno de los otros ocho litigantes; y á un testimonio, traído á instancia de la demandante, de distintas certificaciones expedidas por el mismo Ayuntamiento de Torrejón, relativas á las cuotas de contribución con que figuraban algunos de dichos trece litissocios, obrantes en el incidente de pobreza promovido por los mismos:

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito del Congreso dictó sentencia en 3 de Febrero de 1896, declarando que ninguno de los aspirantes comparecidos en autos por virtud de los llamamientos hechos por los causantes en su testamento-poder de 28 de Julio de 1834 y demanda con este motivo interpuesta, tiene derecho á los bienes que constituyan el quinto de los dejados por D. Antonio Calleja y Doña Ana Muñoz, los cuales deben ser adjudicados única y exclusivamente á la demandante, Doña María Magro Calleja, representada por su marido, Don Santiago Nicolás; y apelada esta sentencia por la mayoría de los opositores comparecidos, y sustanciada la apelación con los que se personaron en la Audiencia á sostener su derecho, la Sala segunda de lo civil, por sentencia de 3 de Noviembre de 1897, revocó la del Juzgado, y declaró: primero, que Doña María Magro Calleja, D. Felipe Muñoz García, Doña Marcelina Martínez Muñoz, esposa de D. Nicolás García Martín; Doña Gregoria Muñoz, esposa de D. Francisco Mayor; Doña Teresa Santamaría Muñoz, esposa de D. Marcos López; Doña Tomasa Victoriana Santamaría Muñoz, D. Carlos Calleja Benito, D. Santos Dolores Sanz Calleja, Doña María Torres Calleja y D. Emilio Calleja Alonso han justificado su parentesco con los testadores y la condicion de pobreza, y tienen, por tanto, derecho á que el quinto de los bienes dejados á su fallecimiento por Don Antonio Calleja y Doña Ana Muñoz se distribuya entre ellos, en el concepto de parientes pobres y en la forma establecida por el testamento-poder de 1834, según dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Septiembre de 1882; y segundo, que D. Valentín Valdovinos Calleja, D. José Esteban Valdovinos, Doña María Antonia Calleja Valdovinos, Doña Josefa Redondo Calleja, Doña Cipriana Torres Calleja, Doña Tomasa Calleja Benito, D. Santos de Torres Calleja, D. Celedonio Esteban Valdovinos, Doña Lucía Berges Redondo, Angela Calleja Valdovinos,

Victoriana Guijón Redondo y D. Angel de Torres Calleja han justificado su parentesco con los testadores, pero no su estado de pobreza, y en su consecuencia, no tienen derecho á participar de dichos bienes; sin hacer especial condenación de las costas de ambas instancias:

Resultando que D. Santiago Nicolás García, en representación de su esposa Doña María Magro Calleja, interpuso recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por considerar infringidos:

Primero. La ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, que establece que «las palabras del facedor del testamento deven ser entendidas llanamente, asi como ellas suenan, é non se deve el juzgador partir del entendimiento dellas, con la única salvedad de que se interpretan cuando la voluntad del testador se presuma ciertamente otra que la que se desprende de sus palabras»; en el concepto de que, no obstante estar llanamente expresada la voluntad del testador en el testamento de que se trata, la sentencia recurrida establece en uno de sus fundamentos que las dos únicas condiciones que se exigen en el testamento-poder origen del pleito para optar á la herencia de los causantes son la de ser pariente de ellos y pobres; pero que como esto lo hace sin calificativos que las determine y limite, debe fijarse su inteligencia y sentido:

Segundo. Al consignar la sentencia que no es necesario que la pobreza exigida por los testadores para tener derecho á su herencia se refiera á la fecha del fallecimiento del último superviviente, sino que basta que la pobreza exista al declararse el derecho, la ley 22, tít. 3.º, Partida 6.ª, que determina que «los herederos que son dichos extraños, ha menester que sean de tal condición que non puedan ser embargados por razon de sus personas en tres temporales cuando mueren los testadores y cuando se otorgan por herederos»; de donde resulta que los que han acudido ostentando derecho á la herencia, que no pueden ser considerados sino herederos extraños, según el sentido que dió á estas palabras el derecho romano, tienen que reunir las condiciones exigidas por los testadores al tiempo de fallecer el último de éstos, que es cuando verdaderamente adquirieron derecho á la sucesión:

Tercero. Aceptando como verdad legal el que es suficiente para heredar en el caso concreto de que se trata, como sostiene la sentencia recurrida, el reunir los requisitos prescritos en el testamento al tiempo de ser declarado el derecho, el art. 751 del Código civil, que determina que la disposición hecha genéricamente en favor de los más próximos en grado; toda vez que, dado caso que sean de aplicación al presente pleito las disposiciones del Código civil, resulta que la sentencia recurrida llama á la sucesión de los causantes á los parientes sin preferencia en el grado; y

Cuarto. El principio general de derecho de que nadie puede transmitir á su heredero más de lo que tiene, consignado en repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras las de 24 de Abril y 28 de Septiembre de 1867, en el concepto de que la sentencia recurrida considera con derecho á la herencia á herederos de los que pudieron tenerlo sin haber llegado á hacerlo efectivo, olvidando que para transmitir algo es preciso tenerlo en el sentido material ó en el legal, esto es, teniendo reconocido el derecho; y que para que esto sucediera, era forzoso, según las leyes de Partida citada, que los que se consideraban con derecho al quinto de los bienes hubieran probado que al tiempo de fallecer el último testador eran pobres y parientes de los causantes, extremos que no acreditaron unos, y que otros no probaron á su debido tiempo, por lo

que no llegaron á poseer derecho alguno á los bienes relictos que poder transmitir á nadie:

Resultando que D. Valentín Valdovinos y Calleja y los demás que en su unión litigan, en número de 12, interpusieron á su vez recurso de casación, fundado en el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Porque al declarar la sentencia que los recurrentes no han sido declarados pobres en sentido legal, incurre en error evidente de hecho, que resulta del ramo separado ó incidente formado para sustanciar dicha pobreza, con referencia al que se testimoniaron diversos particulares en el período de prueba á instancia de la demandante Doña María Magro, lo cual aleja toda presunción ó hipótesis de la inexistencia de tal pieza separada, cuyo extravío ó desaparición podrá ser sólo imputable al Escribano actuario, sin que quepa desconocer y quitar eficacia á lo que de dicho incidente aparece, porque para ello sería preciso infringir lo dispuesto en el art. 596, apartado 7.º de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los preceptos aplicables de la sección segunda, título 1.º, libro 1.º, que conceden la estimación de documento público tanto al incidente susodicho como á la sentencia que lo terminó; y

Segundo. Porque al fundarse también el fallo recurrido en que aparece probado que los recurrentes pagan contribución, incurre en otro error de hecho, que se deduce del mismo documento público en que se basa tal afirmación, consistente en la certificación librada por la Administración de Contribuciones de la provincia de Guadalajara con fecha 17 de Octubre de 1890, en la que se consigna que si bien alguno de los recurrentes la pagaban, siquiera no fuera en cantidad bastante para que hubiese motivado que se les denegase la defensa por pobre, en cambio nada satisfacían Doña María Josefa Calleja Valdovinos, Doña Josefa Redondo Calleja, Doña Cipriana de Torres Calleja, Doña Tomasa Calleja Benito, Doña Lucía Verges Redondo, Doña Angela Calleja Valdovinos y Doña Victoriana y Doña Ezequiela Grijón Redondo; pareciendo excusado decir que es legalmente imposible prescindir de dar consideración de fehaciente á tal documento para no estimar el error en que se basa este motivo, no sólo porque para ello sería preciso infringir las disposiciones de los artículos 596, apartado 3.º, y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, y 1215 y 1216 del Código civil, sino porque es el mismo que ha servido al Tribunal sentenciador para la apreciación hecha.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando, en cuanto al recurso deducido por Doña María Magro, que no se ha cometido la infracción alegada en el motivo primero, puesto que sin fijar previamente la inteligencia verdadera de la cláusula testamentaria de cuya aplicación se trata, no cabía resolver las dos cuestiones que respecto á su alcance propuso la misma recurrente en su demanda, relativa la una á si debían ó no considerarse llamados todos los parientes pobres de los testadores al reparto de los bienes legados, y la otra á si la calidad de pobre exigida por los mismos testadores debía ó no entenderse en sentido más restrictivo que el determinado por la ley para gozar de los beneficios de la pobreza en juicio:

Considerando que tampoco se ha infringido la ley 22, título 3.º, Partida 6.ª, invocada en el motivo segundo, puesto que al exigir aptitud legal en el heredero extraño para serlo al tiempo de otorgarse el testamento, de fallecer el testador y de aceptar la herencia, se refiere manifiestamente á las causas de incapacidad ó indignidad del heredero instituído, y no á las condiciones impuestas al mismo por el testador, cuyo carácter tiene á todas luces la circunstancia de que el favorecido por el

testamento haya de ser pobre; de suerte que, sin infringir dicha ley, ha podido estimar la Sala sentenciadora, interpretando la cláusula testamentaria, cumplida la voluntad de los testadores y con ella la condición citada, siempre que los legatarios probaran su estado de pobreza al tiempo de procederse al reparto de los bienes legados:

Considerando, además, que para estimar probada la calidad de pobre en favor de los recurridos, mediante la prueba de la pobreza hecha en el incidente sobre su defensa gratuita, fúndase el fallo recurrido en que, si bien esa prueba por su índole no se refiere de un modo directo á la época en que de derecho se abrió la sucesión de los legatarios, por ella se demuestra el estado de pobreza, sin haber motivo alguno para sospechar que no existiera también al tiempo del fallecimiento; apreciación de hecho que de todas suertes justificaría el fallo recurrido, por no haberse siquiera impugnado en este trámite del pleito:

Considerando que, en consecuencia de lo expuesto, resulta improcedente el motivo cuarto del recurso, que no es en sustancia sino una reproduccion del segundo; así como el motivo tercero, en que se parte del supuesto de que el derecho al legado se ha resuelto con sujeción al vigente Código para citar como infringido su art. 751, el cual, por otra parte, carecía de aplicación al caso presente, dado el texto de la disposición testamentaria:

Considerando, en cuanto al recurso deducido por parte de D. Valentín Valdovinos y demás que en unión del mismo litigan, que el fallo recurrido no ha cometido los errores de hecho y de derecho que se le atribuyen, porque la certificación aportada á este pleito de ciertos particulares contenidos en el incidente de pobreza formado á su instancia, demuestra que el incidente se formó, pero no que se resolviera favorablemente, ni por tanto que hayan justificado la calidad de pobres, requerida por los testadores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Santiago Nicolás García, en representación de su esposa Doña María Magro Calleja, ni el deducido por Don Valentín Valdovinos y Calleja y los demás que en su unión litigan, á quienes condenamos, por mitad, al pago de las costas ocasionadas con motivo de estos recursos; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Pedro Lavín.=José María Barnuevo.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 19 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 19.—TRIBUNAL SUPREMO.—20 de Enero, pub. el 15 de Feb.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Defensa por pobre.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en incidente con D. José Xifré y el Abogado del Estado.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que procede la denegación de recibimiento á prueba en segunda instancia, cuando sólo á la parte que la propone es imputable que no se practicase la solicitada en la primera instancia.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Enero de 1899, en el incidente seguido primeramente en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona y después en el de igual clase del distrito del Hospital de esta misma corte, y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este territorio, por D. Salvador Font y Pujol y Doña Josefa Palahy y García, propietario el uno, sin ocupación especial la otra, y vecinos ambos de Gracia, con D. José Xifré y Hamuel, propietario, de esta vecindad; con el Ministerio fiscal y con el Abogado del Estado, sobre pobreza de los dos primeros para litigar con el tercero en un juicio declarativo de mayor cuantía por aquellos mismos promovido para la declaración de nulidad de un Real rescripto de legitimación y otros extremos; incidente que ante Nos pende, en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por los demandantes, cuya dirección y representación han tenido el Licenciado D. Francisco Bergamín y el Procurador D. José de Castro y Quesada; habiendo llevado la del recurrido Xifré el Licenciado D. Eduardo Cobián y el Procurador D. Luis Soto; y personándose también en este Tribunal Supremo el Abogado del Estado:

Resultando que por otrosí de una demanda que sobre nulidad de un Real rescripto de legitimación y otros extremos dedujeron D. Salvador Font y Pujol y Doña Josefa Palahy y García, en 17 de Septiembre de 1896, contra D. José Xifré, ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona, y para cuyo conocimiento, este Tribunal Supremo declaró en 1.º de Julio de 1897 que era competente el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte, los expresados actores promovieron incidente de pobreza, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron convenientes; é impugnada dicha demanda incidental por Xifré y por el Abogado del Estado, y habida por acusada la rebeldía al Ministerio fiscal, se recibieron los autos á prueba, en providencia de 26 de Octubre siguiente, por diez días comunes á las partes para proponer y ejecutar la que les fuese admitida; término que á petición de Xifré se prorrogó por otros diez días en providencia de 4 de Noviembre, á la que mandó el Juzgado estar en otra del día 5, recaída á solicitud de Font y consorte, de que se ampliara por cinco días el primer plazo otorgado.

Resultando que la parte de D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy presentó al Juzgado el día 13 de Noviembre, á las ocho de la noche, un escrito, proponiendo prueba documental, consistente en tres testimonios con relación á otros tantos juicios ejecutivos seguidos en Barcelona, y en una certificación del Ayuntamiento de aquella ciudad; y la de testi-

gos, mediante la declaración, por las preguntas del pliego que acompañó, de los seis que expresó en la correspondiente lista, domiciliados también en Barcelona, no presentando las tres copias necesarias de todo ello hasta el 15, en cuyo día el Juzgado mandó formar pieza separada y entregar las copias á las otras partes, declaró pertinente la prueba propuesta, así como las preguntas del interrogatorio; ordenando se procediera á la práctica de todo lo que solicitaba, expidiéndose los oficios y mandamientos necesarios, con citación de Xifré, del Abogado del Estado y del Fiscal, y dirigiéndose el conducente exhorto, acompañado de testimonios del interrogatorio y de la lista de testigos, al Juez decano de los de primera instancia de Barcelona, por el cual se librarían los despachos y se acordaría lo procedente para que pudiera tener lugar la citación y examen de los testigos; habiéndose puesto en efecto, y entregado al Procurador de la parte mencionada de D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy, el día 17 del expresado mes de Noviembre, el exhorto y los testimonios acordados; y solicitada por dicho Procurador en el mismo día 17 la suspensión del término probatorio hasta que se recibieran en Barcelona el exhorto y testimonios, formulando protesta para en otro caso, el Juzgado proveyó también en el mismo día 17, denegando la suspensión y la admisión de la protesta:

Resultando que para que se dirigieran á los testigos comprendidos en la lista de los demandantes, presentó D. José Xifré, con escrito también de 17 de Noviembre, un pliego cerrado de repreguntas, que el Juzgado en providencia del 19 declaró pertinentes, y cerrándolo de nuevo, mandó remitirlo al Juez decano de los de Barcelona, con el correspondiente exhorto adicional al librado el 17, el cual se expidió en dicho día 19:

Resultando que en este mismo día 19, D. Salvador Font presentó en el repartimiento de negocios de los Juzgados de Barcelona el referido exhorto librado á su instancia, que fué repartido y pasado al Juzgado del distrito del Norte, Escribanía de Yáñez; é instado su curso por Font, dicho Juzgado, en el mismo día 19, mandó que, sin cumplimentar, fuese devuelto al Juzgado requirente, por conducto de su portador, por ir extendido en papel de la clase de oficio del año 1895; lo que se efectuó también en dicho día:

Resultando que puesta por el actuario del Juzgado del Hospital de esta corte en 22 del expresado mes de Noviembre diligencia acreditativa de que, liquidado el término probatorio de este incidente, había concluído el día 20, dicho Juzgado, en providencia del 27 mandó unir á los autos las pruebas practicadas y llevarlos á la vista para sentencia, con citación de las partes:

Resultando que con escrito fechado en 1.º de Diciembre siguiente, presentado el 3, y cuyas copias no fueron entregadas hasta el 4, devolvió la parte de D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy al Juzgado del Hospital de esta corte el referido exhorto, librado á su instancia, exponiendo que por error de la Escribanía ó por otra causa se había extendido aquél en papel del año 1895, motivando que no fuese cumplimentado y privándola de toda defensa, por quedar sin medios hábiles de probar los hechos que directamente interesaban á su objeto; y como no se podía imputarle las consecuencias de esa falta, pedía que se enmendara el error y se reparara el daño, bien reponiendo las actuaciones al estado que tenían al expedirse dicho exhorto, ó bien concediéndosele tiempo igual al que faltaba para la práctica de la prueba, y volviendo á expedírsele otro exhorto igual en papel corriente, protestando para en otro caso acudir á la reparación de la falta en la segunda instancia, á lo que proveyó el Juzgado en 6 de Diciembre, mandando que informase el

actuario, quien lo hizo al siguiente día, diciendo no explicarse ni haber notado antes lo ocurrido, y que el exhorto lo había escrito un Oficial que en varios años que desempeñaba su plaza no le había dado motivo de desconfianza, y que le había pretextado haber sido aquello una equivocación sin malicia; y el Juzgado, en providencia de 9 del citado Diciembre, tuvo por evacuado el informe, denegó las peticiones deducidas por la parte de Font y consorte en el escrito presentado el día 3, y tuvo por hecha la protesta en él contenida; mandando también estar á dicha providencia en otra del mismo día, recaída á escrito del 8, de la parte de Xifré, en la que manifestó ésta que los demandados articularon su prueba tres ó cuatro días antes de vencer el término legal de los veinte, y habiendo de practicarse en Barcelona, era evidente que no había posibilidad de hacerlo dentro de aquél, como lo entendieron los propios demandados, pues que presentaron escrito pidiendo suspensión de dicho término por los días que tardase en llegar á Barcelona el exhorto, lo que le fué denegado; y que además, como el Procurador de aquéllos, á quien se entregó el repetido exhorto, debió leerlo, observar la falta y pedir su subsanación, era indiscutible que la culpa de no haberse practicado esa prueba era única y exclusivamente de los propios demandantes:

Resultando que el Juzgado dictó sentencia en 14 del citado mes de Diciembre de 1897, declarando no haber lugar á conceder á Doña Josefa Palahy y García y D. Salvador Font el beneficio de pobreza que habían solicitado, é interpuesta apelación de esta sentencia por dichos demandantes, les fué admitida en ambos efectos, sustanciándose la segunda instancia, durante la cual, la representación de los demandantes solicitó en tiempo y forma el recibimiento de los autos á prueba, invocando para ello el núm. 2.° del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, y exponiendo que la prueba articulada en su escrito de 13 de Noviembre fué acordada por el Juzgado, y no podía ser imputable á esta parte que el exhorto dirigido para su práctica fuese extendido en papel de oficio del año 1895, falta que la había privado en absoluto de toda probanza, y á cuya subsanación no había querido acceder el Juzgado, limitándose á admitir la protesta por ellos hecha:

Resultando que D. José Xifré impugnó esa pretensión, alegando: que recibido en Barcelona el día 19 el exhorto expedido para la práctica de la prueba de los demandantes, y espirando el término probatorio el siguiente día 20, no era posible que declararan los testigos cuya citación había de hacerse con tres días de anticipación, ni tampoco había tiempo material para que por el Juzgado exhortado se libraran los mandamientos á fin de que se extendieran los testimonios solicitados; habiéndolo entendido así la propia parte contraria, cuando en el mismo día en que se le entregaba el exhorto presentaba escrito diciendo que, dada la importancia y amplitud de la prueba propuesta y admitida, era de necesidad la suspensión del término probatorio, en atención á que no era posible ni había tiempo material para librar los exhortos interesados y que comprendían la prueba articulada; de todo lo cual se deducía que si la prueba propuesta por los actores no se había practicado, había sido única y exclusivamente por culpa de los mismos, que no la habían articulado á su debido tiempo, pues no obstante saber que había de practicarse en Barcelona, aguardaron para proponerla á las ocho de la noche del sábado 13 de Noviembre, seis días antes de espirar el término en que había de practicarse:

Resultando que el Fiscal apoyó la pretensión de los actores y apelantes acerca del recibimiento á prueba; el Abogado del Estado manifestó no oponerse á tal diligencia, y la Sala segunda de lo civil de la Audien-

cia de esta corte lo denegó por auto de 14 de Mayo de 1898; desestimando después por otro de 3 de Junio la súplica que dedujeron los apelantes, teniendo al mismo tiempo por hecha la protesta necesaria á los efectos de la casación:

Resultando que en 28 del mismo mes de Junio, la susodicha Sala de la Audiencia dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, con imposición de las costas de la apelación, y dentro del término legal, D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy interpusieron recurso de casación por quebrantamiento de forma, diciendo estar amparado por el núm. 3.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, y exponiendo alegaciones análogas á las de sus anteriores escritos.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que estuvo en su lugar la denegación de recibimiento á prueba en segunda instancia, por ser evidente que sólo á la parte recurrente es imputable que no se practicase en primera la que solicitaba, puesto que dejó transcurrir quince días sin proponerla, y lo hizo cuando por la naturaleza ó clase de ella y punto donde había de llevarse á efecto no era esto posible dentro del resto del término fijado, ateniéndose á los preceptos legales, por lo cual no existe el quebrantamiento de forma alegado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Salvador Font y Doña Josefa Palahy, á quienes condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debieron constituir, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los autos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 20 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 20.—TRIBUNAL SUPREMO.—21 de Enero, pub. el 15 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Pérez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en incidente con D. Gonzalo Chacón y el Abogado del Estado.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que es doctrina legal establecida con repetición por el Tribunal Supremo, que el beneficio de pobreza sólo puede otorgarse al síndico de un concurso cuando son pobres todos los acreedores en cuya representación é interés gestiona.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Enero de 1899, en el incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta corte y la Sala primera de lo civil de la Audiencia del

territorio por D. José Pérez Martinón, Presbítero, vecino de esta capital, como único síndico del concurso de acreedores en que fué declarado Don Gonzalo Chacón y López, Coronel retirado, de la misma vecindad, para litigar con éste en los autos del referido concurso; habiendo sido también parte el Abogado del Estado; incidente que ante Nos pende, en virtud de recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el D. José Pérez, y en su nombre el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, bajo la dirección del Letrado D. José María de Valdenebro y Cisneros, llevando la representación del Estado en este Supremo Tribunal el Licenciado D. Modesto Lloréns, y sin que haya comparecido la otra parte:

Resultando que en 1.º de Febrero de 1895, D. José Pérez Martinón, único síndico del concurso de acreedores en que fué declarado D. Gonzalo Chacón y López, entabló demanda incidental de pobreza para litigar con éste, alegando en apoyo de su pretensión: que declarado en concurso D. Gonzalo Chacón, se acordó por el Juzgado el embargo y depósito de todos los bienes, la ocupación de los libros y retención de la correspondencia; que el haber anual del concursado era el de 4.131 pesetas líquidas, pero que á la sindicatura solamente se le entregaba la tercera parte de aquella suma, ó sean 114 pesetas con 14 céntimos cada mensualidad, que no alcanzaba al doble del jornal de un bracero, el cual era por lo regular el de 2 pesetas 50 céntimos, á pesar de lo cual se defendió como rico mientras hubo metálico para ello, hasta que en Noviembre del año anterior, al rendir cuentas, resultó que le faltaba dinero para cubrir los gastos del haber que percibía; que los muebles que aún no habían sido subastados eran de escasísimo valor; y citando, finalmente, como fundamentos de derecho los artículos 15, 21, 22, 23 y 24 de la ley de Enjuiciamiento civil; el Real decreto de 12 de Septiembre de 1861, la orden de 31 de Diciembre de 1869 y el Real decreto de 12 de Septiembre de 1870:

Resultando que el Abogado del Estado se opuso á la concesión del beneficio de pobreza, pretendido por D. José Pérez Martinón mientras no justificara los hechos en que se fundaba; y el concursado D. Gonzalo Chacón lo impugnó también, excepcionando: que efectivamente era cierto consistía su haber anual en 4.131 pesetas líquidas, ó sean 344 pesetas con 25 céntimos mensuales; que de dicha cantidad, y á pesar de lo dispuesto en la ley de 25 de Abril de 1895, se le retenía la tercera parte, cuyo importe excedía del doble jornal de un bracero, que era el de una peseta ó una con 50 céntimos, según la época; y que aunque fuera esto último, siempre quedaba á favor de la sindicatura un exceso de 82 céntimos diarios; que en la demanda no se demostraba, como la ley dispone, que dicha sindicatura hubiese venido á menos; que por escaso que sea el valor de los bienes del concurso, siempre será alguno, y debía tenerse en cuenta para sumarlo á los demás; y concluyó alegando como fundamentos de derecho el art. 199 de la vigente ley del Timbre, el 19 y 28 de la de Enjuiciamiento civil, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 29 de Diciembre y 30 de Septiembre de 1886, 23 de Noviembre de 1893 y 24 de Enero de 1894:

Resultando que recibido el incidente á prueba, se trajo á los autos á instancia del demandante un testimonio, del que resulta haberse dispuesto por la Capitanía general de Castilla la Nueva, en 7 de Mayo de 1886, que del haber que disfruta D. Gonzalo Chacón se descontase la parte correspondience hasta satisfacer la suma de 547 pesos 67 centavos, por virtud de lo que luego de satisfechos los créditos que tenían hechas retenciones anteriores, la Junta de Clases pasivas, teniendo en cuenta

lo dispuesto en las leyes de 26 de Abril y 5 de Junio de 1895, suspendió el descuento que venía haciendo á favor del concurso para aplicarlo al pago de aquellas sumas que habían sido declaradas de cobro preferente; también á instancia del demandante se hizo constar, á medio de cuenta justificada, que como síndico del concurso tenía percibidas nueve mensualidades, á razón de 114 pesetas con 75 céntimos una, que hacían un total de 1.032 pesetas 75 céntimos, habiendo invertido en el pago de costas y otras atenciones del concurso 1.032 pesetas con 88 céntimos; quedando á favor de la Sindicatura un saldo de 13 céntimos, á petición del Abogado del Estado se trajo á las diligencias copia del padrón de vecinos, en el que figura como cabeza de familia D. Gonzalo Chacón y López, habitante en la calle de Eguiluz, núm. 6, segundo, pagando de alquiler 40 pesetas mensuales, y percibiendo un sueldo de 4.860 pesetas como Coronel retirado; y por último, y á instancia del demandado, se trajeron á los autos diversos documentos justificativos del alquiler y contribución que satisfacían varios acreedores del concurso, y de las pensiones ó sueldos que algunos de ellos disfrutaban:

Resultando que sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte pronunció en 25 de Febrero de 1897 sentencia confirmatoria de la del Juzgado que declaró no haber lugar á la habilitación de pobreza solicitada por D. José Pérez Martinón, síndico del concurso necesario de acreedores de D. Gonzalo Chacón y López:

Resultando que la Sindicatura del concurso necesario de acreedores del D. Gonzalo Chacón ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el párrafo 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando como única infracción la del art. 15 de la mencionada ley, con arreglo al cual ha debido ser declarado pobre D. José Pérez Martinón en la representación que ostenta, no existiendo además disposición alguna que obligue al síndico representante de todos los acreedores del concurso á satisfacer de su peculio particular los gastos del mismo, cuando éste carece, por circunstancias especiales, de recursos para sufragar las atenciones que indispensablemente se han de ocasionar en él.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que solicitándose por el recurrente, como síndico del concurso de D. Gonzalo Chacón, el beneficio de la defensa por pobre, no ha podido infringirse, en el concepto que se supone, el art. 15 de la ley procesal citado en el motivo único del recurso, pues siendo doctrina legal establecida con repetición por este Tribunal Supremo que aquel beneficio sólo puede otorgarse al síndico de un concurso cuando son pobres todos los acreedores en cuya representación é interés gestiona, no se ha demostrado por modo alguno que esto suceda en el caso de que se trata, apareciendo, por el contrario, de los antecedentes unidos al pleito, según consigna la sentencia, que son ricos para los efectos legales la mayoría de los acreedores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. José Pérez Martínez, como síndico del concurso de acreedores de D. Gonzalo Chacón y López, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad de 1.000 pesetas, que por razón de depósito debió constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; librándose á la Audiencia territorial de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias

necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Ricardo Gullón. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.= Joaquín Gonzalez de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 21 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 21.—TRIBUNAL SUPREMO.—24 de Enero, pub. el 15 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Ramón González contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Eusebio Salinas y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que son inaplicables el art. 4.º del Código civil y el 33 de la ley procesal, cuando no se discute la revisión de la sentencia, sino la eficacia legal de la misma como dictada por Juez incompetente.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Enero de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia de Ocaña y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este territorio, promovido por D. Ramón González Vázquez, empleado, vecino de esta capital, sobre nulidad de actuaciones practicadas en autos pendientes relativos á la nulidad del testamento otorgado por D. Santiago Peral Rodríguez con los albaceas de éste, D. Eusebio Salinas y Pinar, D. Fernando Boga Palomino y Don José Epifanio Boga, vecinos de Noblejas; pleito pendiente ante Nos, á virtud de recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el González Vázquez, á quien representa el Procurador D. Armando Bances y Conde y defiende el Letrado D. Vicente Rodríguez, sin que haya comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que por sentencia de 23 de Septiembre de 1889 declaró el Juzgado de primera instancia de Ocaña nulo y sin ningún valor ni efecto el testamento que D. Santiago Peral Rodríguez había otorgado en Barcelona el 28 de Mayo de 1888, en cuanto por él constituyó el albaceazgo de sus bienes inmuebles ó raíces en un fideicomiso perpetuo prohibido por las leyes desvinculadoras; en virtud de cuya nulidad solicitaron Doña Sofía Peral Palomino y otros se les declarase herederos abintestato de su difunto tío el aludido testador D. Santiago Peral, promoviendo al efecto las oportunas diligencias, en las que el mismo Juzgado de Ocaña, por sentencia firme de 30 de Marzo de 1891, negó á D. Ramón González Vázquez, como marido de la expresada Doña Sofía Peral, el beneficio de pobreza que había solicitado para intervenir en las mencionadas diligencias y litigar con los testamentarios de D. Santiago Peral, que lo eran D. Eusebio Salinas, D. Fernando Boga y D. José Epifanio Boga:

Resultando que el mismo D. Ramón González Vázquez, como representante de su esposa Doña Sofía Peral, fué declarado pobre, en sentido legal, por sentencia de 23 de Octubre de 1894 del Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista de Madrid, para litigar contra los citados testamentarios y otros en la demanda de mayor cuantía que intentaba proponer y propuso más tarde, interesando se declarase nula la

institución de heredero hecha por D. Santiago Peral en sus diversas disposiciones testamentarias:

Resultando que D. Eusebio Salinas, D. Fernando Boga y D. José Epifanio Boga, albaceas de D. Santiago Peral, interpusieron ante el Juzgado de Buenavista declinatoria de jurisdicción, solicitando se declarase incompetente para conocer de la referida demanda de mayor cuantía, promovida por D. Ramón González Vázquez, y dicho Juzgado la estimó en sentencia confirmada por la Audiencia del territorio, mandando remitir los autos al Juez de primera instancia de Ocaña, á quien competía su conocimiento:

Resultando que recibidos los autos en el Juzgado de Ocaña, presentó escrito el D. Ramón González Vázquez, suplicando como pobre el nombramiento de Procurador y Abogado, que en efecto le fueron designados, y los cuales solicitaron se continuasen las actuaciones, según su estado, que era el de proposición de prueba; y dada vista á los testamentarios de D. Santiago Peral, por virtud de lo mandado en providencia de 25 de Mayo de 1897, lo evacuaron, oponiéndose á que se admitiese al D. Ramón González ninguna petición en concepto de pobre, por cuanto el mismo Juzgado de Ocaña le había declarado rico en su sentencia ya mencionada de 30 de Marzo de 1891, á cuyo escrito recayó providencia de 24 de Julio de 1897, en la cual se declaró que, tratándose de una cuestión incidental, se proveería cuando se promoviera el incidente:

Resultando que hallándose el pleito en este estado, formuló el Procurador Bonilla, á nombre de D. Ramón González, en escrito de 12 de Agosto de 1897, cuestión incidental, pidiendo se declarasen nulas las actuaciones practicadas á contar desde la providencia de 25 de Mayo anterior, y que en su lugar se resolviera lo procedente en el asunto principal respecto á su continuación, exponiendo sustancialmente como hechos: que la providencia de 25 de Mayo había acordado se oyera á la parte demandada respecto de la pobreza del actor; que ni en aquel proveído, ni en el de 24 de Julio, se dió á los demandados un término para formular pretensión concreta; que no podía tolerarse esta incorrección, como tampoco que se hiciese de oficio impugnación al fallo definitivo que de contrario se ha admitido, pues fueron citados los testamentarios de Peral para impugnar la pobreza ante los Tribunales de Madrid, consintiendo la resolución que declaró pobre al actor; y que, por consiguiente, no ha podido el Juzgado decretar de oficio una revisión sólo á las partes permitida, siendo nulo cuanto en esta forma y por tal concepto se resuelva:

Resultando que admitida esta demanda incidental, que se mandó sustanciar en la misma pieza de autos, con suspensión de todo otro procedimiento, se dió traslado á la parte contraria, que nada contestó; y negada la prueba propuesta por el actor, y tramitado el incidente en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, con fecha 16 de Mayo último, dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, que declaró no haber lugar á la nulidad de las actuaciones desde la providencia de 25 de Mayo de 1897 que solicitó la parte de D. Ramón González Vázquez:

Resultando que el expresado D. Ramón González Vázquez ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en el caso 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las dos siguientes infracciones:

Primera. La del art. 4.º del Código civil, por haber dado validez el fallo recurrido á una resolución opuesta á las prescripciones legales en cuanto al concepto de revisión del incidente de pobreza que había sen-

tenciado ya el Tribunal competente, puesto que el Juzgado de primera instancia de Ocaña, de oficio y con manifiesta contradicción del art. 33 de la ley de Enjuiciamiento civil—que sólo concede la revisión á instancia de parte,—acordó el requerimiento á los demandados para que manifestasen si estaban ó no conformes con que siguiera litigando como pobre el recurrente, al cual se le imposibilitaría de continuar el juicio si en el nuevo incidente que habría de seguirse se le denegasen por cualquier circunstancia los beneficios de pobreza; y

Segunda. Como consecuencia de la anterior, y por la razón en ella expuesta, se infringe también el art. 33 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse exigido á los contrarios la fianza que aquel precepto legal determina.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que no son aplicables, y por consiguiente no han podido ser infringidos en la sentencia, el art. 4.° del Codigo, ni el 33 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sirven de fundamento á los dos motivos alegados en el recurso; porque lo discutido como consecuencia de la providencia de 25 de Mayo, y cuya nulidad con la de las diligencias posteriores se pretende, no fué, como con error supone el recurrente, la revisión de la sentencia dictada por el Juez del distrito de Buenavista de esta corte declarando pobre para litigar á Doña Sofía Peral, sino la eficacia legal de esa sentencia, por haberse dictado por Juez incompetente, en contraposición de la pronunciada por el de Ocaña, cuya jurisdicción le reconoce el art. 21 de la referida ley de Enjuiciamiento y en la que se le negaba aquella cualidad;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Ramón González Vázquez, como marido de Doña Sofía Peral Palomino, á quien condenamos al pago de la cantidad de 1.000 pesetas que por razón de depósito debió constituir y á que se dará la aplicación prevenida en la ley, sin hacer especial imposición de costas por no haber comparecido la otra parte; y líbrese á la Audiencia territorial de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.= Enrique Lassús.=José María Barnuevo.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 24 de Enero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 22.—TRIBUNAL SUPREMO.—24 de Enero, pub. el 15 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Reivindicación.*—Sentencia declarando no haber lugar el recurso interpuesto por Doña Carmen de Francisco contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Diego Rodriguez y el Ayuntamiento de la misma capital.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no infringe los artículos 24, 25 y 27 de la ley Hipotecaria la sentencia que al estimar una demanda sobre reivindicación de te-

rrenos no desconoce el valor de los títulos de dominio del demandado si éstos fueron inscritos haciendo constar que la extensión superficial de los terrenos quedaba sujeta á rectificación al practicarse los replanteos que no aparecen realizados, y la Sala sentenciadora funda su fallo en otros elementos de prueba:

Que no es de estimar la infracción por inaplicación de los artículos 1216 y 1217 del Código civil tratándose de dictámenes y pruebas periciales que con arreglo á la ley se aprecian discrecionalmente por la Sala sentenciadora:

Que no son estimables para los efectos de la casación los errores de hecho que no afectan á la procedencia de la resolución impugnada.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Enero de 1899, en los pleitos acumulados seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso de esta misma corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Diego Rodríguez de Bahamonde y de Sanz, Marqués de Zafra, propietario y Abogado, de esta vecindad, con Doña Carmen de Francisco Martín y Horé, viuda de D. Jacobo Prendergast y Gordón, también de esta vecindad, y con el Ayuntamiento de Madrid, sobre reivindicación de una parcela de terreno y otros extremos; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Doña Carmen, dirigida por el Licenciado D. Eduardo Dato y representada por el Procurador D. Luis Soto; habiéndolo estado el Marqués por sí propio y por el Procurador D. Félix Fernández Brihuega, y el Ayuntamiento por el Letrado D. Gregorio Campuzano y el Procurador D. Carlos de Poo:

Resultando que en la partición de bienes de D. Juan Jaime Villar se comprendió un solar, edificado en parte, sino en las afueras de la Puerta de Alcalá, con fachada á la calle de Doña Berenguela, que miraba al Sur y tenía dos líneas, una de 25 pies y cinco pulgadas, equivalentes á siete metros ocho decímetros, y otra, que con aquélla formaba un ángulo muy obtuso, de 420 pies, ó 117 metros dos decímetros, que volvía en esquina, la cual era un ángulo casi recto saliente á otras fachadas mirando al Este, que eran cuatro líneas: la primera de 27 pies nueve pulgadas, ó siete metros 73 centímetros; la segunda de 43 pies, tres pulgadas ó 12 metros 12 centímetros, formando un ángulo muy obtuso saliente; la tercera, de 14 pies, cuatro pulgadas, ó tres metros 99 centímetros, que volvía con la segunda, formando esquina en ángulo casi recto saliente; y la cuarta de 256 pies y una pulgada, ó 71 metros 35 centímetros, que formaba rincón con la tercera en ángulo obtuso casi recto; fachadas estas cuatro que podían ser consideradas como una sola á la calle del Tostado, formando los números impares:

Resultando que en expediente promovido en 24 de Febrero de 1875 en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta corte por Doña Justa Bosque, como madre de los menores D. Enrique y Don José Jaime y Bosque, y por el tutor de D. Marcos Surjo y Bosque, se les autorizó por auto de 26 de Abril de 1877 á vender en pública subasta dicho solar, y se acordó la tira de cuerdas, para la que en 23 de Diciembre de 1877 se ofició al Ayuntamiento, que designó al Arquitecto municipal D. Alejo Gómez, el cual y el nombrado por los interesados, Don Anastasio Menéndez, practicaron la diligencia, informando aquél al Ayuntamiento en 3 de Diciembre de 1877 (sic) que, teniendo en cuenta el plazo oficial aprobado para el ensanche de esta capital por Real orden de 19 de Julio de 1860, había procedido á marcar las alineaciones que deberían

observar los edificios que llegaran á construirse en la posesión, sujetándose á los hitos que en el terreno se le había indicado; y levantando ambos Arquitectos un plano, que suscribieron respectivamente con las fechas de 14 y 30 de Mayo de 1878:

Resultando que rematada esa finca por el Marqués de Zafra en subasta anunciada por edictos, en que se expresó tener de extensión 75.390 pies y 83 decímetros cuadrados, se entregó al rematante el plano del Arquitecto Menéndez, y se le otorgó en 31 de Diciembre de 1881 escritura de venta, que fué inscrita en el Registro de la propiedad; inmediatamente después de lo cual, solicitó del Ayuntamiento el deslinde y amojonamiento de la finca, que tuvo lugar en 25 de Enero de 1882, dándose principio á la ratificación de linderos de la zona exterior de dicha posesión por el ángulo á ella perteneciente, en que se encontraban la calle del Tostado, antigua vereda de Pajaritos, y la calle de Doña Berenguela, y con presencia de los documentos aducidos, la Comisión del Ayuntamiento manifestó estar conforme y ratificó el deslinde que, con arreglo á los cotos existentes, practicó en la calle del Tostado el Arquitecto municipal en la tira de cuerdas ejecutada á solicitud de la representación de los menores Jaime y Surjo, y á la cual asistió como Arquitecto forense el que representaba facultativamente á aquéllos, quien tomó del Arquitecto municipal los datos resultantes de dicha operación, y que constaban del plano entonces levantado al efecto, cuyos ejemplares fueron exhibidos por el Arquitecto municipal y por el Marqués de Zafra, á quien se devolvió el suyo, hallándose, por lo tanto, conforme con dicho deslinde de la calle del Tostado, no sólo la representación del Municipio, sino también la de los menores; y levantándose con fecha 14 de Mayo de 1882 un plano, por cuya simple inspección resulta, según certificación del Secretario del Ayuntamiento de esta corte, que si bien están designadas con sus nombres las calles de Doña Berenguela, Villanueva y del Tostado, ó antiguo camino de Pajaritos, no lo está la de Núñez de Balboa, ni numeradas las manzanas que parecen diseñadas en el:

Resultando que en 12 de Mayo de 1886 se verificó otro deslinde de dicha finca del Marqués de Zafra, expresándose de conformidad por los Arquitectos Menéndez y Arbós, que el lindero por el camino de Pajaritos arrancaba á los 17 metros 60 centímetros de la calle de Alcalá, y tenía 10 metros 14 centímetros de largo, lindante con la repetida posesión.

Resultando que en el Registro de la propiedad de la zona Norte de esta capital consta que la posesión denominada Campos Elíseos, en las afueras de la Puerta de Alcalá, que lindaba al Mediodía con casa de Don José de Sala y camino real de Aragón, al que tenía fachada; al Norte, con tapia y tierras de Roboa; al Oriente con el mismo; al Poniente, con el camino que desde la antigua Puerta de Recoletos iba á unirse al mencionado camino real de Aragón ó calle llamada del Tostado, comprendía una superficie de 1.008.907 pies cuadrados, y se formó con la reunión de tres fincas: primera, una posesión, cercada en su mayor parte, de 593.632 pies cuadrados en las afueras de la Puerta de Alcalá, punto conocido por La Ontalva, antes de llegar al Parador de Salas, calle llamada de Llivia; segunda, una tierra de cabida de cuatro fanegas, equivalentes á 176.400 pies cuadrados; y tercera, otra tierra de cinco fanegas y cinco celemines, equivalentes á 238.875 pies cuadrados, que lindaba al Norte y al Este con posesión de D. José Font, D. José Vilaró, D. Bernardo Martín y D. Juan Cajés; al Sur, con casa de D. José Salas y camino real de Aragón, y al Oeste, el que iba á unirse á dicho camino real desde la Puerta de Recoletos ó calle llamada del Tostado:

Resultando que á consecuencia de autos ejecutivos seguidos contra la testamentaría de D. José Font, se adjudicó y vendió al Banco de Previsión y Seguridad por escritura de 26 de Junio de 1874, que fué inscrita en el Registro de la propiedad, la mitad proindiviso de la indicada posesión Campos Elíseos y una tierra de 97.306 pies cuadrados en el sitio llamado La Ontalva; no constando de la referida inscripción, en la que se describe la finca, como antes va dicho, que para la tasación de ambas posesiones precediera deslinde con el Ayuntamiento en cuanto al lindero con el camino de Pajaritos ó de Hortaleza y calle del Tostado:

Resultando que por escritura de 28 de Mayo de 1875, inscrita en 19 de Febrero de 1876, los partícipes de los Campos Elíseos dividieron materialmente esta finca, nombrando al efecto al Arquitecto Cubas, quien formó dos lotes, A y B, el primero con una superficie de 489.545 pies cuadrados, y el segundo con la de 552.290 pies y 17 decímetros cuadrados, que en junto hacían 1.041,835 pies 17 decímetros, adjudicándose al Banco de Previsión el lote A con la superficie expresada; no constando de la inscripción la fecha en que dicho Arquitecto suscribió el plano y la certificación, ni que el Ayuntamiento concurriese á la división; ni tampoco la descripción de la totalidad de la referida posesión, objeto de ella.

Resultando que el Banco de Previsión dividió dicho lote A en solares por escritura de 4 de Enero de 1877, con la que fueron inscritos aquéllos en el Registro de la propiedad como fincas independientes en 27 del mismo mes, consignándose respecto del señalado con la letra A, de la manzana 250 del ensanche de esta capital, que presentaba línea de fachada á las calles de Villanueva y de Núñez de Balboa, con las que lindaba respectivamente por Norte y por Oeste, formando la esquina de ambas una línea de chaflán que venía á ser lindero Noroeste; por Sur, lindaba con la calle que se llamó del Tostado, que desapareció y era actualmente propiedad del Ayuntamiento de Madrid, y por el Este con los solares B y C de la misma manzana; que la línea de fachada de la calle de Villanueva medía 15 metros 17 centímetros; la de chaflán, 4 metros; la de Nuñez de Balboa, perpendicular á la de Villanueva, 10 metros y 8 centímetros, y á la izquierda, en el extremo de la fachada á la calle de Villanueva y en ángulo recto con ella, entraba la línea de medianería con los solares B y C, de 26 metros 75 centímetros de longitud, que uniéndose á su extremo con el de fachada á la de Nuñez de Balboa por la línea de testero que separaba este solar de la antigua y ya abandonada calle del Tostado, y que medía 22 metros y 40 centímetros, cerraba el sitio; comprendiéndose dentro del conjunto de ese pentágono irregular una superficie de 358 metros 33 centímetros, equivalentes á 4.615 pies cuadrados:

Resultando que respecto del solar B de la manzana 250 del ensanche, se dice en su primera inscripción en el Registro de la propiedad, causada también en 27 de Enero de 1877, en virtud de la citada escritura de división de 4 del mismo mes, que era de forma de trapecio, presentando al frente que miraba al Norte una línea de fachada á la calle de Villanueva de 18 metros, á la que se unía perpendicularmente por la derecha una línea de 24 metros 851 milímetros de medianería con el solar letra A de la misma manzana; por la izquierda, otra línea de 12 metros 70 centímetros perpendicular también á la fachada, medianería con el solar D de la misma manzana; y otra línea de testero de 21 metros 717 milímetros, medianería con el solar C de dicha manzana, cerraba el sitio; cuya área, medida en proyección horizontal, era de 337 metros 86 decímetros cuadrados, equivalentes á 4.353 pies cuadrados:

Resultando que del solar letra C de la citada manzana 250, se dice en su primera inscripción, causada igualmente en 27 de Enero de 1877, en

virtud de la escritura de 4 del mismo mes, que presentaba al frente de una línea de fachada de 17 metros 97 centímetros á la carretera de Aragon, con la que se unía, formando ángulo casi recto saliente la línea de medianería de la derecha de 15 metros y un centímetro, que separaba este solar del señalado con la letra D en la misma manzana, estando compuesta la línea de medianería de la izquierda de dos partes, una de 14 metros 40 centímetros, que se unía por medio de ángulo obtuso saliente con la de fachada, y formaba parte del perímetro de la antigua posesión de los Campos Elíseos por este lado, lindando con la calle del Tostado, y la otra parte, de un metro 895 milímetros, que se unía también por medio de ángulo obtuso saliente con la primera, y separaba este solar del señalado con la letra A en la misma manzana, cerrando el sitio la línea de testero de 21 metros 717 milímetros que separaba este solar del señalado con la letra B de la misma manzana, siendo el área de este pentágono irregular medido en proyección horizontal de 308 metros 76 decímetros cuadrados equivalentes á 3.976 pies 93 centímetros cuadrados:

Resultando que con relación á esos solares se consignó en la referida escritura de 4 de Enero de 1877, y en sus inscripciones en el Registro de la propiedad, que la división había sido hecha por el Arquitecto D. Federico Aparici y Soriano, que determinó sus dimensiones, trazando sobre el plano de la posesión los ejes, calles y manzanas aprobadas para el ensanche de esta capital, y por lo tanto, quedaban sujetas á las rectificaciones á que hubiese lugar en su día cuando se replanteasen los solares sobre el terreno

Resultando que los repetidos solares del lote A de los Campos Elíseos, letras A, B y C de la manzana 250, los enajenó el Banco de Previsión, el primero, por escritura de 13 de Julio de 1877, inscrita en el Registro de la propiedad en 6 de Septiembre del mismo año, á D. Rafael Aparici, quien por otra escritura de 11 de Mayo de 1882, inscrita en 12 de Junio siguiente, lo vendió al Conde de Montarco, y el segundo y el tercero, por escritura de 30 de Septiembre de 1880, inscrita en 15 de Diciembre del mismo año, á D. Francisco Garriga, el cual por otra escritura de la última de aquellas fechas, inscrita en 24 del mismo mes de Diciembre, los traspasó también al Conde de Montarco, quien á su vez, en escritura de 7 de Junio de 1882, inscrita en 4 de Julio siguiente, vendió los tres solares á D. Jacobo Prendergast; expresándose en esas escrituras é inscripciones ser la extensión y los linderos de dichos tres solares los consignados en su primera inscripción, causada en virtud de la escritura de 4 de Enero de 1877 y que antes van referidos:

Resultando que á D. Tomás Chacón le fué adjudicada una tierra de seis celemines, equivalentes á 32 áreas, 19 centiáreas y 78 decímetros cuadrados, en término de esta corte, afuera de la puerta de Alcalá, lindante al Norte, con la calle de Doña Berenguela; al Sur, con camino de Alcalá; al Este, con el llamado de Pajaritos, y al Oeste, con los herederos de D. Leandro Aguirre; que por fallecimiento del D. Tomás Chacón se adjudicó en cierta proporción á sus hijos D. Agatino, Doña Elena y Doña Agatina, á cuyo nombre fué inscrita en 4 de Septiembre de 1877; que por virtud de transacción celebrada en pleito sobre reivindicación de dicha finca, seguido contra aquéllos y su madre por D. Antonio Aguirre, fué adjudicada á éste, que la inscribió á su nombre en 10 de Junio de 1879; que en virtud de rectificación de 20 de Enero de 1880, se inscribió una superficie de 691 metros 37 decímetros cuadrados á favor de los tres mencionados hijos de Chacón, los cuales la vendieron en escritura de 13 de Julio de dicho año, inscrita en 28 de Agosto posterior, á D. Ma-

nuel Caviggliolí y á D. Pedro Alvarez Carballo; y que por fallecimiento de este último, sus padres, que inscribieron á su favor en 23 de Mayo de 1882 la mitad correspondiente, la vendieron por escritura de 29 del mismo mes, inscrita en 6 del inmediato Junio, á D. Manuel Caviggliolí, quien por otra escritura de 12 de Marzo de 1887, inscrita en 24 del mismo mes, vendió toda la finca á D. Jacobo Prendergast, haciéndose constar que dicho terreno, según el moderno plano del ensanche, iba á sufrir expropiación para continuar la apertura de la nueva vía pública llamada calle de Núñez de Balboa, circunstancia que había de producir necesariamente el corte de todo el solar, cuya superficie podía considerarse dividida en tres, á saber: uno, señalado en el plano con la letra A, cuya superficie sería de 61 metros 61 decímetros cuadrados, lindante al Sudeste, con la carretera de Aragón, que sería su fachada; al Oriente, ó medianería de la derecha entrando, con el terreno que se había de expropiar para vía pública; al Sur, medianería de la izquierda, con casa de Doña Juliana Aguirre, y al Noroeste ó testero, con terreno de D. Antonio Aguirre; siguiendo luego el terreno pendiente de expropiación, que ocupaba 326 metros 78 decímetros cuadrados, comprendido entre los dos solares letras A y B, con los que afrontaba por derecha é izquierda, y al Sudeste, sería la salida de la misma calle á la carretera de Aragón, ó calle de Alcalá, y al Noroeste, la continuación de dicha nueva calle; y por último, quedaría el solar letra B con 305 metros 99 decímetros, cuya fachada al Sudeste era la carretera de Aragón, á Oriente, ó derecha entrando, lindaría con el camino de Pajaritos, al Sur, con dicha nueva calle de Núñez de Balboa, considerada como medianería izquierda, y al Noroeste, con la calle de Doña Berenguela; comprendiendo las tres expresadas superficies un total de 694 metros 36 decímetros:

Resultando que en la partición de bienes de D. Jacobo Prendergast fueron adjudicados á su viuda Doña Carmen de Francisco Martín y Horé, que los inscribió á su nombre en 14 de Agosto de 1893, los tres solares letras A, B y C de la manzana 250 del ensanche, y el trozo pendiente de expropiación y el solar letra B de los señalados en la inscripción á favor del D. Jacobo del terreno de 964 metros 36 decímetros adquirido de Caviggliolí; fincas que fueron todas cinco descritas como en la anterior inscripción á favor del causante:

Resultando que el Marqués de Zafra solicitó del Ayuntamiento en 22 de Noviembre de 1882 le fueran marcadas las alineaciones en su solar en la zona de ensanche, carretera de Aragón, que atravesaban las calles de Núñez de Balboa y del Tostado, y se procediese á la medición y valoración de la parte que de la segunda de dichas calles se había de agregar á su terreno, como de la que se había de expropiar á cada propietario para la nueva calle de Núñez de Balboa; emitiéndose con tal motivo en 22 de Febrero de 1883 por el Arquitecto municipal un informe, al que acompañó un plano explicativo de los terrenos que se habían de expropiar á cada propietario para la nueva calle de Núñez de Balboa, y de los que también había que agregarles de la suprimida del Tostado:

Resultando que en 15 de Noviembre de 1883, el Marqués de Zafra, D. Jacobo Prendergast y el Vizconde de Matamala, solicitaron del Ayuntamiento que acordase la inmediata apertura del trozo primero ó de entrada de la calle de Núñez de Balboa, comprendido entre las de Alcalá y Villanueva, y que para lo relativo á las expropiaciones y apropiaciones se convocara á los solicitantes y á D. Antonio Aguirre, únicos propietarios de terrenos en dicho trozo, á la reunión prevenida por el art. 31 del Reglamento de 1877; y en su virtud, el Arquitecto municipal de la primera zona del ensanche, acompañando un plano de 2 de Enero de 1884,

informó que Zafra había solicitado en Enero de 1882 la adjudicación, como procedente del camino de Pajaritos, de las dos parcelas indicadas en el plano y de otra próxima á la calle de Villanueva, que medían en conjunto 240 metros cuadrados y 15 decímetros, ofreciendo en cambio terrenos de su propiedad con igual superficie para la apertura de la calle de Villanueva; y que en cuanto á Prendergast, cuando el informante dió en 22 de Febrero de 1883 su informe de alineaciones, indicó que debían serle expropiados 11 metros cuadrados 72 decímetros para la calle de Alcalá y uno con 80 para la de Villanueva, y apropiársele la parcela de la calle de Pajaritos contigua á sus solares, que media 127 metros 5 decímetros cuadrados; verificándose luego una reunión de interesados bajo la presidencia de un delegado del Alcalde y con asistencia de varios individuos de la Comisión del Ensanche, de Zafra, Matamala y Prendergast, en la que éstos manifestaron cedían para la apertura del trozo antes indicado de la calle de Núñez de Balboa la quinta parte de terrenos de su propiedad, al precio de 6 pesetas pie cuadrado, comprendido entre los ejes de Alcalá y Villanueva; insistiendo Prendergast y Zafra en 22 de Julio de 1884 en que se abriese dicho trozo de la calle de Núñez de Balboa, pasándose al efecto el expediente al Arquitecto municipal para el estudio de la apertura total de aquel trozo; lo que acordó el Alcalde en 13 de Agosto siguiente, informando dicho Arquitecto en 17 de Julio de 1885, entre otras cosas, que si bien de ordinario las parcelas se dividían entre todos los propietarios colindantes, en este caso especial se debía dividir, agregándose convenientemente á los solares B del Municipio y D de Zafra, porque sólo á éste se tomaba terreno para la apertura de la nueva calle, no tomándose superficie alguna á Prendergast, que era el colindante con la parcela de que se trataba, y porque no parecía equitativo que después de destinar el Ayuntamiento y de ceder gratuitamente Zafra la quinta parte de sus terrenos para dicha nueva calle, se agregase por el Ayuntamiento la mitad de la parcela que lindaba con su solar á la finca de Prendergast, y se expropiase á Zafra el terreno que además de la quinta parte que gratuitamente había cedido para la que iba á abrirse, sin que se le adjudicase en cambio el terreno de la antigua vía que se iba á cerrar; y partiendo de esta base, el informante había levantado el plano que acompañaba, fecha 15 de Abril de 1885, y un cuadro de expropiaciones y agrupaciones, explicando debidamente ambos documentos; haciéndose saber á los interesados el referido informe por circular de 6 de Noviembre de 1885, para que en término de diez días manifestaran su conformidad ó disconformidad con las operaciones practicadas, bajo apercibimiento de que se tendrían por aceptadas; de cuya circular Prendergast acusó recibo en 14 del mismo mes:

Resultando que verificado á instancia de Zafra otro deslinde de su finca en 12 de Mayo de 1886, en que los Arquitectos Menéndez y Arbós expresaron, de conformidad, que el lindero por el camino de Pajaritos arrancaba á los 17 metros 60 centímetros de la alineación actual de la calle de Alcalá, y tenía 10 metros 14 centímetros, lindante con la posesión de que se trataba; el Ayuntamiento, á instancia también del Marqués, y de acuerdo con lo propuesto en 6 de Agosto de 1886 por la Comisión de Ensanche, resolvió en 11 del mismo mes ceder á aquél, en permuta de igual superficie de terreno necesario para la apertura de la nueva calle de Núñez de Balboa, cuatro parcelas sobrantes del camino de Pajaritos, innecesario mediante esa apertura; lo que se llevó á efecto por escritura de 17 de Noviembre del mismo año, que fué inscrita en el Registro de la propiedad, y en la cual se dijo que la segunda de dichas parcelas, que se agregaba al solar E del plano del expediente general

sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa, era terreno destinado á la edificación dentro de la manzana 250 del ensanche, y su figura en su proyección horizontal, la de un cuadrilátero irregular, dentro del que se contenía una extensión superficial de 176 metros y 28 decímetros cuadrados, y se consignó también la condición 4.ª de dicha escritura, que por el solo hecho de firmar ésta, tomaba el Marqués posesión de las parcelas:

Resultando que Prendergast, como dueño de los terrenos que compró al Conde de Montarco y á D. Manuel Caviggioli, solicitó del Ayuntamiento en 16 de Marzo de 1887 se le cediera toda la antigua calle del Tostado á cambio de lo que de aquellos solares se necesitara para que la de Núñez de Balboa pudiera desembocar en la de Alcalá; sobre lo que informó el Arquitecto municipal que la parcela que de la antigua calle del Tostado debía agregarse al solar de Prendergast, debía contener una extensión de 67 metros cuadrados y 36 decímetros, determinando también lo que se le debía expropiar, los precios de lo uno y de lo otro, y la diferencia de 20.047 pesetas á favor de Prendergast, y acompañando un plano; manifestando luego en otro informe de 23 de Junio del mismo año, que el plano de 22 de Febrero de 1883, unido al expediente de tira de cuerdas promovido por Prendergast, sirvió de original para los de Enero del 84 y Abril del 85, existentes en el expediente, para la apertura de la calle de Núnez de Balboa; y solicitado por Prendergast en 16 de Agosto del mismo año 1887 se ordenara al Arquitecto municipal del ensanche que con asistencia de los propietarios de los terrenos lindantes se procediese con urgencia á la medición definitiva de la calle del Tostado y al señalamiento de las parcelas que se debían asignar á los solares colindantes, tuvo lugar la diligencia en 3 de Septiembre siguiente, con asistencia del Teniente Alcalde de Buenavista, determinándose las dos parcelas que de dicha calle del Tostado se había de adjudicar á Prendergast, una de 127 metros cinco decímetros cuadrados, agregable á los terrenos que compró al Conde de Montarco, y otra de 67 metros 34 decímetros cuadrados, agregable al solar que compró á Caviggioli; operaciones con las que se mostró conforme Prendergast, pero no el Marqués de Zafra, por las razones que expuso, reservándose ejercitar ante los Tribunales sus derechos y acciones:

Resultando que en 6 de dicho mes de Septiembre solicitó Zafra del Ayuntamiento licencia para vallar el terreno adquirido por las escrituras de 31 de Diciembre de 1881 y 17 de Noviembre de 1886; informando el Arquitecto municipal que aquél, con la valla, que al solicitar tenía ya colocada, se había salido de la alineación oficial de la calle de Núñez de Balboa y cercado una parcela procedente del suprimido camino de Pajaritos, adjudicada á Prendergast, de acuerdo con sus informes de 22 de Febrero de 1883 y 4 de Abril de aquel año, por el deslinde de 1.º de dicho mes de Septiembre, en el que quedaron marcados los puntos extremos de las líneas que dividían las fincas de ambos interesados, debiendo notificarse á Zafra que levantase la valla colocada sin ninguna medición legal; y conforme con tal dictamen la Comisión de Ensanche, se comunicó al Marqués, quien en nueva instancia de 19 de Diciembre negó las afirmaciones del Arquitecto, refiriendo además de sus adquisiciones por las escrituras de 1881 y 1886 lo acontecido en el deslinde de 3 de Septiembre, del que dijo haber sido acordado tan sólo por el Alcalde, sin informe del Arquitecto municipal, y al único efecto de fijar los terrenos que tenían fachada á la suprimida calle del Tostado, no obstante lo cual el Arquitecto, sin practicar este deslinde, ejecutó lo que consideró deslinde de lo que contra la verdad llamó «parcela adjudicada

á Prendergast, según la tira de cuerdas efectuada en 22 de Febrero de 1883», y «parcela agregable al solar adquirido por Prendergast por compra á D. Manuel Caviggioli»; visto lo cual por él, protestó en el acto, reservándose sus derechos; y después de varias consideraciones acerca de la conducta del Arquitecto municipal, formuló diversas pretensiones, á las que no consta recayese acuerdo:

Resultando que presentada por Prendergats, en el expediente por él promovido en 16 de Marzo del repetido año de 1837, nueva instancia con fecha 29 de Octubre del mismo año para que se llevase á efecto la permuta de terrenos que tenía solicitada, dejándose al efecto arreglada la cuestión de parcelas, rectificando la adjudicación graciosa hecha á Zafra con perjuicio de tercero, ó se anulase la escritura de 17 de Noviembre de 1886, los Letrados consistoriales informaron en 6 de Diciembre que se remitiera el expediente al Arquitecto municipal para que, teniendo en cuenta el contrato celebrado por el Ayuntamiento con Zafra, formase el plano de la exacta situación de las parcelas procedentes de la suprimida calle del Tostado, cuya apropiación se pretendía, y formado, se pusiera de manifiesto á Zafra y á Prendergast para que ambos pudieran prestar su conformidad, y después se procediera al deslinde y liquidación que diferentes veces había solicitado Prendergast; el cual, en instancia de 20 de Junio de 1888, dijo que, teniendo en cuenta las dificultades que ofrecía el anular la distribución de las parcelas, desistía de toda cuestión ulterior respecto de las adjudicadas al Marqués de Zafra mediante escritura pública, é insistió en que se llevase á efecto la permuta que tenía solicitada de los terrenos suyos necesarios para el desemboque de la calle de Núñez de Balboa en la de Alcalá; y habiendo propuesto dicha permuta la Comisión de Ensanche, el Ayuntamiento aprobó su dictamen en sesión de 24 de Agosto de 1888:

Resultando que remitido el expediente al Gobernador civil, resolvió este que mientras la Corporación municipal no aclarase y determinase el estado de dominio y situación de los terrenos que se habían de ceder á Prendergast, no procedía autorizar la celebración del contrato; por lo que el Ayuntamiento pasó el asunto á informe del Arquitecto municipal D. José López Salaberry, quien en 7 de Diciembre del citado año 1888 manifestó que para poder precisar las parcelas que se habían de adjudicar á Prendergast se necesitaba saber á ciencia cierta cuáles eran las cedidas á Zafra; pero no existía plano ni certificación del Arquitecto municipal de la Sección correspondiente, y sólo sí el plano é informe dado por dicho facultativo en el expediente general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa, que resultaban que conformes en un todo con las parcelas descritas en la escritura de 17 de Noviembre de 1886, faltando sólo proceder á fijar sobre el terreno estas parcelas cedidas, levantando un plano de las mismas y de las restantes, al que habían de prestar su conformidad Zafra y Prendergast; y el Alcalde, de acuerdo con lo propuesto por la Comisión de Ensanche, ordenó en 26 de dicho mes de Diciembre de 1888 la práctica de un deslinde para determinar la situación, linderos, forma y superficie de las parcelas que el Ayuntamiento poseía en el antiguo camino de Pajaritos, y que trataba de adjudicar en permuta por otros terrenos á D. Jacobo Prendergast, cuya diligencia había creído conveniente verificar el Arquitecto municipal D. Jose López Salaberry; en consecuencia de lo cual se efectuó el deslinde en 14 de Enero de 1889, con asistencia del Teniente Alcalde del distrito de Buenavista, de Zafra, de Prendergast, acompañado de su Arquitecto D. Ramiro Amador de los Ríos, y del mencionado Arquitecto municipal López Salaverry, y éstos dos, teniendo en cuenta, según el

acta que se va relacionando, las alineaciones oficiales de las calles de Villanueva y de Núñez de Balboa, marcaron con toda precisión los terrenos de Prendergast en la manzana 250 del ensanche, señalados con las letras A, B, C y D, que se adjuntó al acta, pidiéndose á Zafra sus títulos de propiedad relativos á la parcela que poseía en la manzana 250, facilitando aquél los planos, con arreglo á los cuales y á las cotas por el mismo indicadas, se fijó dicha parcela de su propiedad como resto de su terreno que con la letra G iba marcado en el plano de referencia; y precisados los solares, resultó fija la superficie ocupada por el antiguo camino de Pajaritos; faltando solamente designar las parcelas que del mismo podrían corresponder á Zafra, para medir por último las que había de apropiarse Prendergast; punto de vista para el cual la parcela H del plano de deslinde era la que como máximum podía agregarse á la G, de Zafra, y aun cuando indudablemente á ella se refería la escritura de 17 de Noviembre de 1886, su situación, linderos, forma y superficie eran, al Nordeste, con solar de Prendergast; al Sudeste, con otra parte del antiguo camino de Pajaritos y con solar de Prendergast; al Sudoeste, con solar de Zafra, y al Oeste, donde tenía la fachada con la calle de Núñez de Balboa; formando la figura de dicha parcela un cuadrilátero irregular, cuyos lados medían, el primer lindero 20 metros 55 centímetros, el segundo 11 con siete, el tercero nueve con 50 y el cuarto 10 con 25; siendo la superficie de su perímetro 136 metros cuadrados 24 decímetros; y la parcela restante del antiguo camino de Pajaritos que había de apropiarse Prendergast era la señalada con la letra O, y lindaba al Norte, con la otra parte del camino de Pajaritos; al Sur, por donde tenía su fachada, con la calle de Alcalá; al Este con terrenos de Prendergast, y al Oeste con terrenos de este mismo; siendo su figura la de un cuadrilátero irregular, cuyos lados medían, el del lindero Norte nueve metros 20 centímetros, el del Sur siete con 60, el del Este 15 con 95 y el de Oeste 17 con 60, siendo su superficie total la de 125 metros cuadrados 70 decímetros; suspendiéndose el acta relacionada para ver si había un acuerdo ó transacción entre Zafra y Prendergast; pero como no se hubiese verificado, en 12 de Abril de 1889 se cerró aquélla, la cual no firmó el Marqués, diciendo se reservaba hacer alguna manifestación referente al deslinde verificado; habiéndose presentado por Prendergast al Alcalde, con fecha 9 de dicho mes de Abril, una instancia, en que manifestó que por resultado de ese deslinde había quedado plenamente demostrado que al otorgar á favor de Zafra la escritura de 17 de Noviembre de 1886 se le había dado á aquella parcela más terreno del que le correspondía, error cometido por hacer figurar la superficie del solar como importante 208 metros, en lugar de 171 metros 37 decímetros que realmente tenía, debido á que se agregó á esta cifra inadvertidamente la superficie del terreno propio del Marqués, en lugar de restarlo para hacer la división entre dicho solar y el que se agregaba en concepto de parcela; siendo esto tan claro, que no creía hubiese dificultad en proceder á la rectificación de la escritura y al reintegro de la diferencia que resultaba á favor de Zafra; pero repitiendo lo dicho en su instancia de 20 de Junio del año anterior, terminó rogando que á la mayor brevedad se otorgase la escritura de permuta entre el terreno que en la calle de Pajaritos le cedía el Ayuntamiento, y el que á éste donaba para la calle de Núñez de Balboa:

Resultando que remitido de nuevo el expediente al Gobernador, acordó éste en 8 de Octubre de dicho año 1889 considerar nulo el acuerdo del Ayuntamiento y devolverle dicho expediente para su resolución definitiva, una vez recaída la cual, acompañara el expediente general de

apertura de la calle de Núñez de Balboa; y en vista de tal acuerdo la Corporación municipal dispuso que el Arquitecto de la primera Sección levantase un plano detallado de las verdaderas superficies apropiables y expropiables objeto del proyectado contrato con Prendergast, teniendo en cuenta el resultado del plano de 22 de Febrero de 1883, y especialmente lo que, acerca del particular, aparecía en la escritura de 17 de Noviembre de 1886, para que no pudieran ser objeto de la nueva permuta terrenos que ya no pertenecían al Municipio; en consecuencia de lo que el Arquitecto municipal emitió informe en 9 de Mayo de 1891, y en 29 del mismo mes remitió un plano, en que estaba determinada la parcela que se había de adjudicar á Prendergast; ya pendiente el cual, el Ingeniero que tenía á su cargo la primera Sección del Ensanche, acompañando un plano que era copia del de 15 de Abril de 1885, emitió en Junio de 1893 un extenso informe, en que hizo un resumen de todo lo actuado en el expediente, y dijo que, con una ligereza inexplicable, antes de depurar los derechos de propiedad de cada interesado, se había formalizado la escritura de 17 de Noviembre de 1886 por el total de las dos parcelas, ó fuese los 176 metros 28 centímetros cuadrados, que unidos á los 32 de propiedad del Marqués de Zafra, sumaban los 208 con 28 que aparecían en el estado, y de aquí los innumerables escritos é informes de que se componía el expediente y que ya habían perdido su importancia, porque Prendergast en sus últimas instancias renunciaba á la participación de la parcela adjudicada indebidamente al Marqués, y reclamaba únicamente la sola parcela que restaba del camino de Pajaritos, lindante con la calle de Alcalá, no quedando, ya terminada esa cuestión, más que la de propiedad del terreno lindante con la actual carretera ó calle de Alcalá; y los Letrados consistoriales, en nuevo dictamen de 17 de Julio siguiente, manifestaron que podría realizarse la permuta con Prendergast limitándola á los 125 metros 70 decímetros cuadrados, que después de los cedidos al Marqués de Zafra en 1886, todavía pertenecían al Ayuntamientó; no habiéndose terminado el expediente con motivo del presente pleito:

Resultando que en el Registro particular del Negociado de Ensanche del Ayuntamiento no consta el ingreso de instancia ni antecedente alguno por los cuales pudiera aquél haber tenido noticia de que Prendergast hubiese vallado los solares de la manzana 250, y á consecuencia de haberle pedido el Ayuntamiento, ya incoado este pleito, informe acerca de algunos extremos con el mismo relacionados, el Arquitecto municipal manifestó en 24 de Noviembre de 1893 que, según los antecedentes recogidos, el camino de Pajaritos ocupó siempre la misma posición, dirección y extensión con que aparecía en los diferentes planos unidos al expediente, procediendo de ese camino los 176 metros 28 decímetros cuadrados vendidos á Zafra en la escritura de 17 de Noviembre de 1886, y siendo exactamente el mismo que aparecía en el plano de 29 de Mayo de 1891 el terreno cercado con valla como de la pertenencia de Prendergast:

Resultando que el Marqués de Zafra dedujo demanda en 23 de Diciembre de 1891 contra D. Jacobo Prendergast y contra el Ayuntamiento de esta corte, pidiendo se declarase: primero, que el Ayuntamiento era dueño en 1885 de la parela descrita en la demanda, y como aparecía representada y medida en el plano y estudio que en 17 de Julio de dicho año presentó el Arquitecto municipal D. Enrique Sánchez en el expediente general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa; segundo, se declarase también que de esa parcela así descrita, representada y medida, vino á ser dueño él por virtud de la escritura de permuta de 17 de

Noviembre de 1886; tercero, se condenara á D. Jacobo Prendergast y sus causahabientes á reconocer para siempre y á los suyos el pleno dominio y la posesión de dicha parcela, tal como aparecía representada en el plano de 17 de Julio de 1885, y descrita y dada á él en permuta por la citada escritura, y á levantar, en el plazo de tercero día, á contar desde la firmeza de la sentencia, la valla que dentro de esa parcela había colocado el mismo Prendergast, dejando el terreno del demandante con las dimensiones expresadas en los párrafos A y B del hecho décimosexto; condenándole igualmente al pago de los daños y perjuicios causados desde que por la colocación de la valla en fin de Enero de 1889 tuvo lugar la detentación de lo que sabía pertenecía al demandante, ó fuese de los rendimientos ó intereses legales que desde 1.º de Febrero de 1889 hubiera podido producir el precio en venta de todo el solar que el actor tenía en la manzana 250, y que ni había podido ser construído ni vendido con la ocupación de parte de él por Prendergast, imponiendo á éste todas las costas; cuarto, se condenase al Ayuntamiento de Madrid á sanear al demandante la permuta de 17 de Noviembre de 1886 que con él hizo por la relacionada escritura, abonándole todos los daños y menoscabos que le habían venido y vinieren por razón de la misma, entre los que se declarasen comprendidos, en todo caso, la indemnización de los perjuicios á que se refería el párrafo 2.º del núm. 3.º de esta súplica, y al pago de las costas que al demandante se le ocasionaran en este pleito para la defensa del terreno dado en permuta, en cuanto dicha indemnización y costas no fuesen pagadas por Prendergast y sus causahabientes, ya porque no fuesen condenados, ya porque no hiciesen el pago en el tiempo y forma que determinase la sentencia; pudiendo el Ayuntamiento en este caso reintegrarse, exigiendo de Prendergast lo que por los mismos hubiese pagado; y en el inesperado caso de que se declarara que Prendergast era dueño de cualquiera porción de la parcela á que se refería la demanda, porción que en tal caso suplicaba se determinase en la sentencia, expresándose su medida superficial y la de los lados de su figura, se condenase al Ayuntamiento á la restitución del precio que al tiempo del saneamianto tuviese esa porción, fijándose dicho precio por relación ó petición del demandante, y si con ella no se conformase el Ayuntamiento, por peritos nombrados y demás procedente en la forma que la ley establecía para la ejecución de las sentencias; y en apoyo de estas pretensiones alegó, entre otras cosas: que Prendergast acusó recibo de la circular de 6 de Noviembre de 1885; pero ni entonces ni después reclamó contra ninguno de los acuerdos del Ayuntamiento, ni contra el estudio hecho por el Arquitecto municipal en 17 de Julio de dicho año; que él hizo vallar, juntamente con el solar que antes era de su propiedad, la parcela segunda de las que adquirió por la escritura de 17 de dicho mes de Noviembre, con sujeción exacta á las dimensiones determinadas en tal escritura, estando puesta la valla más de dos años, hasta que desapareció por haberla sustraído de noche persona que no podía determinar por falta de prueba plena; que Prendergast, con motivo de haber adquirido el terreno que fué de Caviggioli, que situado al Sur del perteneciente de antiguo al actor, ni siquiera lindaba con la indicada parcela, solicitó en escrito de 16 de Marzo de 1887 y en otras posteriores, se midiera y tasara lo que de aquel terreno debería expropiarse, y pasado el expediente al Arquitecto López Salaverry, informó en 7 de Diciembre de 1888 que del estudio general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa resultaba que el plano é informe del Arquitecto municipal, D. Enrique Sánchez, obrante en ese expediente, estaban en un todo conformes con las parcelas descritas en la escritura de cesión y per-

muta otorgada por el Ayuntamiento y el actor; y que aclarada esta duda, punto capital por todos conceptos, faltaba proceder á fijar sobre el terreno las parcelas cedidas, levantando un plano de ellas, así como de las restantes, al cual habían de prestar conformidad él y Prendergast; y acordado dicho deslinde y practicado en 14 de Enero de 1889, lo firmó Prendergast, pero no él; que además, al recurrir al Gobernador civil, expuso que en aquel acto había protestado de todo lo que intentara contra lo definitivo y ejecutoriamente resuelto en el expediente general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa, en el que existían el plano y cuadro en que todo se detallaba con exactitud, y estaban ya acordadas y consentidas por los interesados las únicas permutas legales posibles; que en ese mal llamado deslinde de 14 de Enero de 1889, el Arquitecto municipal y el de Prendergast, según el acta, lejos de limitarse al cumplimiento de lo acordado, fijando sobre el terreno las parcelas cedidas y levantando un plano de ellas, marcaron los terrenos de Prendergast, letras A, B, C y D, sitos en la manzana 250, con arreglo á las escrituras del mismo, según se dijo, aun cuando él creía que no se presentarían los títulos de los causantes de Prendergast en los últimos treinta años, y los terrenos del demandante desde antes de 1896, letra G, con arreglo á sus planos; resultando ya precisados así los solares, la superficie del antiguo camino de Pajaritos, ó calle del Tostado, y que la parcela letra H, en el plano de ese deslinde, que más adelante se decía tener 136 metros 24 decímetros cuadrados, era la que, como máximum, podía aplicarse á la G, como si cupiera tratar de lo que podía agregarse, y como si ya no estuviera agregada á ese solar G, señalado con E en el plano de 1885 la superficie de 176 metros 28 decímetros; conviniendo observar que la parcela que en dicho plano y acta de 1889 se señalaba con H, era, aunque variada en forma y superficie, la parcela segunda de las que en la escritura de Noviembre de 1886 le cedió en propiedad plena el Ayuntamiento, en permuta de otra superficie igual de terreno que le ocupó para la nueva calle de Núñez de Balboa, parcela que, tanto en la certificación del Secretario del Ayuntamiento, con que se causó su primera inscripción en el Registro de la propiedad, como en la referida escritura de permuta que motivó la segunda inscripción, se consignaba terminantemente, de conformidad con el plano é informe del Arquitecto municipal de 17 de Julio de 1885, que contenía una extensión de 176 metros 28 decímetros cuadrados; siendo la causa de esta diferencia que los terrenos de Prendergast, cuya representación sobre el terreno y el plano fué principio y base del supuesto deslinde de Enero de 1889, fueron demarcados entonces sobre parte del terreno superficial del antiguo camino de Pajaritos, dado en permuta al demandante, sin tener en cuenta los antecedentes sobre la latitud de dicho camino obrantes en las oficinas municipales, y los que se observaban en el terreno cuando en 1885 se levantó el plano con la debida exactitud; que desde la devolución del expediente por el Gobernador al Ayuntamiento, conforme al acuerdo de 8 de Octubre de 1889, la Corporación municipal no le había notificado resolucion alguna, ni las oficinas le habían exhibido el expediente, pero se le había dicho que había continuado su tramitación bajo la base siempre del acta y plano del llamado deslinde de 1889; que Prendergast había vallado sus terrenos, comprendiendo todo el representado como suyo en dicho plano de 1889, y por tanto, ocupando y cerrando la diferencia entre los 176 metros 28 decímetros que la parcela segunda tenía, según la escritura de 1886, y los 13 metros con 24 decímetros que marcados con la letra H le asignaban los repetidos plano y diligencia de 1889; que según sus noticias, Pren-

dergast, como dueño del solar F del plano de 1885 y A del de 1889, que ocupaba la esquina de la calle de Núñez de Balboa y de Villanueva en la manzana 250 del ensanche, no estaba autorizado para impugnar el citado plano de 1885, porque no fundaba su impugnación en deslinde alguno judicial ni administrativo con el antiguo camino de Pajaritos, que lindaba por el Sur con el solar, por lo que no podía hacer afirmación alguna contraria á dicho plano, que representó aquel camino como entonces se hallaba; máxime teniendo en cuenta que el propio Prendergast, sin duda por reconocer que las dificultades que surgían eran fundadas, solicitó y obtuvo el decreto de deslinde de 23 de Agosto de 1887 y demás diligencias que siguieron hasta la tentativa de deslinde de 1889, y que bastaba la inspección de los planos, tanto de los generales como de los de la segunda zona del ensanche, existentes en el Ayuntamiento, como de cualesquiera otras antiguas, para ver que el antiguo camino de Pajaritos, desde su entrada por la calle de Alcalá hasta la actual cerca del hotel de Doña Encarnación Smith, no era recto, sino que se internaba hacia el solar de la esquina de las calles de Villanueva y Núñez de Balboa; resultando, por tanto, claro que al solar de ángulo en cuestión se le atribuía una superficie total y un lindero á la calle de Núñez de Balboa, que no le correspondían, porque parte de dicha superficie total, con fachada á la citada calle, pertenecía al antiguo paseo ó camino de Pajaritos, y esto no había podido alterarse ni dejar de ser sólo por la voluntad de los últimos poseedores de los terrenos de Prendergast, ó porque sus Arquitectos hubiesen supuesto que el camino de Pajaritos era recto, atribuyendo merced á esto al lindero con la calle de Núñez de Balboa una longitud de 10 metros 68 centímetros, manifiestamente mayor que la que le correspondía, y que sólo podría sostenerse en perjuicio del predio colindante, cuando existiera acto ó contrato con el dueño de éste ó una sentencia judicial; que todo lo dicho aparecía corroborado por el examen de los títulos de los Campos Elíseos, de que formaron parte en su límite ó lindero al Sudoeste los terrenos de Prendergast, pues de esos títulos resultaba que las tres fincas que formaron aquella posesión medían en total 1.008.907 pies cuadrados, y en el plano levantado sin deslinde previo y en la certificación adjunta á aquél, autorizados por el Arquitecto Cubas en 15 de Septiembre de 1872, así como en la escritura de 28 de Mayo de 1875, que aprobó la división material en dos mitades, una para el Banco de Previsión y Seguridad y otra para los restantes propietarios, se atribuyó á dichos campos una superficie de 1.041.834 pies cuadrados, según lo cual, sus propietarios con sus Arquitectos exclusivamente supusieron en dichos planos, certificación y escritura, sin título alguno para ello, ni deslinde con los colindantes, ni conformidad de éstos, que le pertenecía una superficie de 32.927 pies, que no constaba adquirido ni inscrito á su favor en el Registro de la propiedad, exceso de superficie que se debió sin duda á la inclusión en el citado plano de gran parte de la superficie del camino de Pajaritos; y que luego el Banco de Previsión, en la escritura de división de su mitad en solares, de 4 de Enero de 1877, distribuyó entre los colindantes con las fincas exteriores, puesto que partió del supuesto de que los Campos Elíseos tenían la superficie que se les asignó en los documentos antes citados, pero que no por eso estaba, ni nunca estuvo, no ya en la posesión, que no cabía sin justo título, de que carecían, sino ni aun en la tenencia de los propietarios de los Campos Elíseos y de sus causahabientes, pues que la mayor parte de dicha finca, y desde luego los solares que Prendergast compró habían estado abiertos y sin valla hasta que aquél había puesto la que iba dicho; y que del hecho de que el antiguo camino de Pajaritos se internaba hacia la esquina

de las calles de Villanueva y Núñez de Balboa en la forma ya expuesta, nacían, como consecuencia ineludible, los dos siguientes hechos representados asimismo en el plano del Arquitecto municipal D. Enrique Sánchez y Rodríguez de 17 de Julio de 1885: A, las fachadas reunidas de la porción de la antigua finca del demandante, comprendida en la manzana 250, y de la parte del antiguo camino de Pajaritos que el Ayuntamiento le dió en permuta, medían 29 metros, en vez de los 20 con 45 centímetros que exclusivamente se le otorgaban en el plano de 14 de Enero de 1889; y B, la altura del triángulo que formaban las citadas superficies reunidas, ó fuese la finca perpendicular ó normal sobre el lado de dicho triángulo que formaba la fachada del mismo, á la calle de Núñez de Balboa, era de 18 metros y 20 centímetros, en vez de los 16 metros 76 centímetros que se le atribuía en dicho plano de 1889:

Resultando que Doña Carmen de Francisco Martín y Horé, viuda de D. Jacobo Prendergast, impugnó la demanda, pidiendo se la absolviera de ella, con imposición de perpetuo silencio y de las costas al actor; y por reconvención: primero, que se declarase nula la escritura de 17 de Noviembre de 1886, en cuanto en ella se comprendió una extensión de 40 metros y cuatro decímetros de terreno propio de Prendergast, hoy de la contestante; y segundo, que se condenara al Marqués de Zafra á indemnizarla de los perjuicios que la había causado con este pleito y con la anotación de la demanda en el Registro de la propied ad, ó fuese á abonarla el interés legal desde la fecha de presentación de aquélla, del precio en venta de los terrenos que ella tenía en la manzana 250 del ensanche, lindantes con los del actor; para lo cual, negando los hechos por éste expuestos en cuanto no se conformaran con los que ella alegaba, recordó, por lo que á las cuestiones de este recurso se refiere, la adjudicación que en la testamentaría de su difunto marido se le había hecho, y que había incrito en el Registro de la propiedad, de los tres solares letras A, B y C del lote A de los Campos Elíseos, y del trozo pendiente de expropiación y del solar B de los terrenos adquiridos por aquél de D. Manuel Caviggioli, describiendo las cinco fincas y refiriendo sus traslaciones de dominio ó inscripciones en el Registro de la propiedad como queda hecho en los antecedentes, agregando que, por tanto, con mucha anterioridad á la escritura de 17 de Noviembre de 1886, se hallaba inscrito á favor de sus causantes el dominio del terreno que el demandante intentaba reivindicar y que era una parte del comprendido dentro de la valla; que Prendergast no enajenó á Zafra ninguna fracción de esos solares, ni lo reconoció jamás como dueño de parte alguna de los referidos terrenos, ni consintió resolución de Autoridad judicial ó administrativa competente que lo despojara de los que sin interrupción y y pacíficamente poseyó el D. Jacobo, así como sus causantes; que el Ayuntamiento, que no era dueño de la parte de terreno de ella que se trataba de reivindicar, no pudo cederla válidamente á Zafra; y si al otorgar la escritura de permuta de Noviembre de 1886 se dió á la parcela una extensión mayor de la correspodiente, tal error no había de redundar en perjuicio del propietario colindante, que no asistió al contrato, ni renunció en todo ni en parte al dominio de sus solares en la extensión determinada en sus escrituras muy anteriormente inscritas en el Registro; que de la diligencia de deslinde de 14 de Enero de 1889, practicada bajo la presidencia del Teniente Alcalde del distrito de Buenavista, con asistencia de Zafra, de Prendergast y de los Arquitectos Amador de los Ríos y López Salaverry, resultó que la parcela adjudicada al Marqués tenía sólo una superficie de 136 metros 24 decímetros, en vez de la consignada en la escritura, sobre cuyo evidente error se basaba todo el pleito; y que

ignoraba si el Ayuntamiento era dueño de la parcela á que dicha escritura de 1886 se refería y si la permutó ó no con arreglo á la ley; pero si se probaba que era dueño en la proporción indicada antes y que la permuta se hizo válidamenie, nada se habría adelantado para los efectos del litigio con relación á la constante, toda vez que no podía ser privado de parte alguna de su terreno, adquirido por títulos inexpugnables é inscritos con anterioridad á aquella escritura; y el Ayuntamiento, que no podía despojarla, había de indemnizar á Zafra, saneándole la cosa vendida; pero ni el uno ni el otro tenían acción para reivindicar lo que jamás habían adquirido:

Resultando que el Ayuntamiento de Madrid contestó también á la demanda, exponiendo, en cuanto con el presente recurso tiene relación: que según el plano que el Arquitecto municipal levantó en el expediente para la apertura de la calle de Núñez de Balboa, los 176 metros y 28 decímetros cuadrados, luego cedidos á Zafra por la escritura de 17 de Noviembre de 1886 en permuta de otros terrenos que el mismo cedió para dicha calle, procedían en su totalidad de la del Tostado ó antiguo camino de Pajaritos, que debía desaparecer, y eran por tanto del dominio del Ayuntamiento; que la mencionada escritura fué inscrita en el Registro de la propiedad sin dificultad de ninguna clase, lo cual indicaba que no existía en él ningún asiento que demostrara no ser parte de la expresada calle y pertenecer á tercera persona el terreno cedido, pues de lo contrario no se habría inscrito la permuta; que después de ésta, y como á Zafra no se le había cedido todo el terreno del expresado camino de Pajaritos ó calle del Tostado, que ocupaba mayor extensión, Prendergast, en concepto de dueño de terrenos lindantes con dicha calle, solicitó se le cediera y adjudicara parte de la misma, sosteniendo también que tenía derecho preferente al de Zafra en cuanto á una parte del terreno adjudicado, suscitándose acerca de ello cuestión, que al fin terminó porque Prendergast manifestó en un escrito que desistía de toda cuestión ulterior sobre lo cedido y adjudicado al Marqués y que constaba en la escritura de permuta, é insistió solamente en que á él se le cediera y adjudicara otra porción del terreno que ocupaba la repetida calle del Tostado, lo que corroboraba que los 176 metros 28 decímetros cuadrados cedidos á Zafra eran y procedían en su totalidad de dicha calle, y no pertenecían á Prendergast, que de haber sospechado siquiera que pudiesen ser de su propiedad en todo ó en parte, no habría pedido que se le cediese en permuta de otro suyo, ni reconocido validez y eficacia á la cesión hecha á Zafra; y que también en otra solicitud posterior consignó Prendergast que desistía de toda cuestión ulterior sobre lo cedido al Marqués en la permuta:

Resultando que al replicar el demandante, adicionó á sus anteriores alegaciones, que ni Prendergast ni Montarco, ni sus antecesores desde antes de la división de los Campos Elíseos, habían ejercitado acto alguno de dominio, posesión ni tenencia en los solares lindantes con el camino de Pajaritos, pues como no estaban abiertas las nuevas vías ni había desaparecido dicho camino, aquellos solares no estaban vallados ni se les utilizaba para cosa alguna, y el continuo tránsito de gentes y de carros había borrado los signos de división de terrenos; hizo notar también que Prendergast, en la instancia de 20 de Junio de 1888, dijo en un párrafo que desistía de toda cuestión ulterior respecto de lo adjudicado al replicante por el Ayuntamiento, según constaba en la escritura correspondiente, que dió lugar á su instancia de 29 de Octubre anterior; y formuló reconvención, basada en los mismos fundamentos, suplicando: primero, que se estimase en todas sus partes las pretensiones

de su demanda, con la ampliación de que se declarase convenientemente rectificados ó anulados los títulos de propiedad de la viuda de Prendergast, y sus inscripciones en el Registro de la propiedad, en cuanto al exceso de cabida atribuído á su terreno colindante con la parcela segunda de la calle del Tostado, adquirida por él en la escritura de 1886, consignándose la medida de la superficie que realmente correspondiese á dicho terreno y la del exceso de cabida atribuído, y propio del Ayuntamiento hasta la permuta citada de 1886, todo conforme á las declaraciones que se hiciesen acerca y por virtud del deslinde que solicitaba, é implicaban los núms. 1.º y 2.º de la súplica de la demanda; segundo, que se desestimase, con las costas á la viuda de Prendergast, la reconvención propuesta por la misma; y tercero, que se tuviera también como solicitado por vía de reconvención á la demanda lo mismo pretendido en el extremo primero de esta súplica:

Resultando que Doña Carmen de Francisco, en su escrito de dúplica, sin contestar á la reconvención deducida por el demandante por estimarla ilegal, reprodujo la súplica de su contestación á la demanda, agregando, entre otras cosas: que los terrenos á que se refería el expediente de deslinde de 1885 eran en parte de su difunto marido, como adquiridos por él con legítimo título inscrito en el Registro, y en estas condiciones, el Ayuntamiento no podía privarle de sus derechos sobre ellos para traspasarlos á Zafra, impugnase ó no dicho su marido las citadas operaciones de expropiación y apropiación, y desde el momento en que las parcelas dadas en permuta comprendían terrenos que no eran del Ayuntamiento, carecía éste de facultades para pactar la permuta, expropiando cosas ajenas sin ninguna personalidad legal; que el hecho fundamental de la demanda, el referente al expediente de 1885, origen de la escritura de 1886, había quedado desvirtuado y anulado por otro deslinde posterior, en que se demostró el error cometido en el primero, puesto que á petición de Prendergast la Corporación municipal acordó en 26 de Noviembre de 1888 rectificar el deslinde de dichos terrenos, operación que se practicó con citación del Marqués de Zafra, y previo examen de los títulos de propiedad de los interesados, se comprobó que la parcela adjudicada á aquél por la escritura de 1886 sólo tenía una superficie de 136 metros 24 decímetros cuadrados, en vez de los 176 con 28 que resultaban del antiguo deslinde, quedando de esta manera demostrado que el Ayuntamiento había cedido á Zafra terrenos que no poseía, para desvirtuar lo cual se alegaba que el antiguo camino de Pajaritos no era recto, sino que se internaba hacia el solar de la esquina de las calles de Villanueva y de Núñez de Balboa, cuando del plano presentado por el mismo se veía que dicho camino no entraba ni salía por ninguna parte, sino que era recto, como lo trazaron los Arquitectos que verificaron en 1889 el deslinde de 1885, y que la demanda reivindicatoria no decía nada concreto respecto de la nulidad de su título, siendo, por tanto, nula la acción ejercitada:

Resultando que las tres partes suministraron prueba documental, ya relacionada, apareciendo además de la del actor, que al expedir cierta certificación por él pedida, el Secretario del Ayuntamiento hizo constar que, habiéndose dicho al Arquitecto municipal D. Francisco Andrés Octavio que sacase un calco del plano que en 14 de Mayo de 1878 presentó D. Alejo Gómez, contestó no serle posible, porque tenía dicho plano una escala defectuosísima, y no servía, por lo tanto, para hacer la decimal relativa; y además ninguna de sus manzanas tenía número, ni la calle, que parecía corresponder á la de Núñez de Balboa, tenía nombre, siendo indispensable para presentar dicho calco tener á la vista el

plano oficial del sitio, para cotejar, comparar y quizás corregir los defectos que hubiese; y el Ayuntamiento dirigió posiciones á Zafra y á Doña Carmen de Francisco, afirmando ésta que había gestionado en el Ayuntamiento se la indemnizase del valor del terreno tomado de su solar al abrir la calle de Núñez de Balboa y cerrar ó condenar la del Tostado:

Resultando que evacuado por las partes el traslado de conclusiones, habiendo presentado el actor con su escrito un calco-resumen, suscrito solamente por él y por su Procurador, de los planos existentes en autos, dedujo el mismo demandante, y se acumuló á ellos, nueva demanda, fechada en 4 de Septiembre de 1895, solicitando que, en definitiva, resolviendo lo procedente sobre el deslinde y amojonamiento de todos los terrenos situados en la manzana 250 del ensanche que pertenecían á Doña Carmen de Francisco y á él, aplicando al efecto lo prevenido en los arts. 384 al 387 del Código civil, se declarase que por la escritura de 31 de Diciembre de 1881 adquirió él la parcela á que se referían los hechos décimo al duodécimo de esta demanda, como aparecía representada en el plano oficial de Mayo de 1878, y todo lo demás solicitado en la demanda inicial de este pleito, tal como aparecía en el escrito de 21 de Junio de 1892; con cuyo fin, si fuera necesario, se aclarasen, rectificasen ó anulasen los títulos de propiedad de la viuda de Prendergast y sus inscripciones en el Registro de la propiedad, consignándose en la sentencia, con relación al plano que al efecto se levantase en la misma escala en que se hicieron los municipales de 1885 y 1889, plano en que se hallarán todas las líneas acotadas, los linderos y las medidas superficiales que realmente correspondiesen á los terrenos todos de la viuda de Prendergast y de él; alegando en apoyo de esta solicitud varios de los hechos consignados en la otra demanda, y además: que por el calco-resumen que presentaba se demostraba que en los planos de 22 de Febrero de 1883, 2 de Enero de 1884 y 15 de Abril de 1885 eran idénticos el perímetro de la manzana 250, los de los solares en ella enclavados y el de la parte del antiguo camino de Pajaritos ó calle del Tostado, que en ella quedó comprendido, según ya informó en 23 de Junio de 1887 el Arquitecto D. Enrique Sánchez; que en los planos de 5 de Abril de 1887 y 10 de Junio de 1893 eran también los expresados perímetros exactamente iguales á los de aquellos otros planos; que los perímetros de las parcelas que componían el solar hoy de su pertenencia en la manzana 250, y por tanto, el perímetro total de ese solar, eran exactamente los mismos en dichos cinco planos; que el emplazamiento de esas parcelas era incontrovertiblemente el que aparecía en esos planos, por ser el mismo que resultaba en el plano que sirvió de base á los deslindes administrativo y judicial practicados, y porque en todos esos planos se presentaba su solar con las dimensiones que de sus títulos y de los deslindes aparecían al Norte de la línea recta que, como resultaba en el plano de 1878, formaba el lindero Sur de la finca por él adquirida en 1881, invariable en ambas fechas, de igual manera que hoy, por ser dicha línea prolongación de la del testero de las casas números 97, 99 y 101 de la calle de Alcalá, existentes desde antes de 1878; que el plano de 1889, lejos de respetar el de 1885, conforme con los de 1878, 1883 y 1884, que sirvió de base al acuerdo municipal de 11 de Agosto de 1886 y á la escritura de 19 de Noviembre del mismo año, alteraba por completo la situación que en dicho plano de 1885 tenía la parcela señalada con la letra E, por él adquirida por la escritura de 1881, con arreglo al plano de 1878, así como el perímetro de la manzana 250 y los de todos los solares propios ó provinientes de los litigantes de este pleito en ella comprendidos, entre los

cuales se hallaba el trozo de la calle del Tostado que dentro de dicha manzana vino á quedar y las parcelas en que dicho trozo de calle se dividió; y expuso otras extensas consideraciones en demostración de estar repetidamente deslindados su solar, adquirido en 1881, señalado con E en el plano de 1885, y con G en el de 1889, y la parcela adjudicada en 1886, haciendo notar que Prendergast consintió el citado plano de 1885, y el informe con que le acompañó el Arquitecto municipal en 17 de Julio de dicho año; y que en cambio los terrenos de Prendergast no habían sido deslindados, y sus títulos ofrecían los defectos notados en la otra demanda:

Resultando que Doña Carmen de Francisco y el Ayuntamiento de Madrid contestaron á esta demanda, pidiendo se les absolviera de ella, para lo que reprodujeron las alegaciones de sus otros escritos, con cierta adición por parte del Ayuntamiento, la cual carece de importancia para las cuestiones de este recurso:

Resultando que á propuesta del actor se practicó prueba pericial por tres Arquitectos, D. Julio de Saracibar, D. Francisco Andrés Octavio y D. Ramiro Amador de los Ríos, designados respectivamente por el demandante, por el Ayuntamiento y por Doña Carmen de Francisco, informando en 21 de Mayo de 1896 los dos primeros, que habiendo practicado sobre el terreno todas las operaciones necesarias para la medición y deslinde de los solares comprendidos en la manzana 250 del ensanche, donde estaban los solares litigiosos, y examinados los títulos de propiedad, planos, y demás documentos de autos, afirmaban que la parcela que el Ayuntamiento dió en permuta al Marqués de Zafra por la escritura de 17 de Noviembre de 1886 fué de la propiedad de aquél, como parte que era del antiguo camino de Pajaritos, y estaba exactamente representada en el plano municipal de 15 de Abril de 1885, base de la expresada escritura, en la que se describió detalladamente dicha parcela; la cual se había agregado á otra procedente de la finca que el Marqués de Zafra había adquirido por compra en escritura de 31 de Diciembre de 1881, y que estaba bien determinada en la parte correspondiente de la descripción de la finca hecha en dicha escritura, y exactamente representada en el plano de Mayo de 1878 que le sirvió de base; teniendo una línea fija de referencia en la prolongación de la medianería testera de las casas números 97, 99 y 101 de la calle de Alcalá; siendo exacta la dimensión de sus lados, y correspondiente á la que con anterioridad se había dado en otro deslinde administrativo y judicial verificado en el Juzgado de la Latina; que el solar que fué antes de Caviggioli aparecía en los autos sin plano especial en su titulación y sin deslinde anterior de ninguna clase; que respecto á los solares en donde habían existido los Campos Elíseos, no ofrecían sus títulos dimensiones definitivas y exactas, porque en la inscripción del Registro de la propiedad constaba que se había trazado sobre el plano de la posesión los ejes, calles y manzanas aprobadas para el ensanche, y que quedaban sujetas á las rectificaciones á que en su día hubiera lugar cuando se replanteasen los solares sobre el terreno, replanteo no ejecutado aún; que las vallas colocadas por Prendergast penetraban en los terrenos de propiedad del Marqués de Zafra; y que acompañaban un plano resultado de las operaciones que habían practicado, y el cual estaba conforme con el del Ayuntamiento de 1885, advirtiendo que los tres peritos habían estado de acuerdo en cuanto al perímetro de la manzana y á la medianería que sirvió de punto de partida para aquellas operaciones; y el perito de la viuda de Prendergast disintió de ese dictamen y emitió otro por separado:

Resultando que á virtud de auto para mejor proveer dictado por el

Juzgado, dió otro informe otro perito designado por insaculación;. y corridos los demás trámites legales de dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia revocatoria de 26 de Abril de 1898, declaró: primero, que D. Diego de Bahamonde, Marqués de Zafra, es dueño de la parcela que se agregó al solar E del plano del expediente general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa, por virtud de la escritura que otorgó con el Ayuntamiento de Madrid el día 17 de Noviembre de 1886; segundo, que la extensión superficial de esta parcela y del solar E y su respectivo deslinde con los terrenos de Doña Carmen de Francisco Martín y Horé, son los que aparecen en el dictamen de 21 de Mayo de 1896 de los Arquitectos D. Francisco Andrés Octavio y D. Julio de Saracibar; y tercero, que la viuda de Prendergast debe levantar en el término de tercero día la valla que su marido y causante colocó dentro de la propiedad del Marqués de Zafra; absolvió á los demandados de los demás extremos de las demandas de 24 de Junio de 1892 y de 4 de Septiembre de 1895, y absolvió también al actor de la reconvención formulada por Doña Carmen de Francisco Martín y Horé; sin hacer expresa condena de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que Doña Carmen de Francisco Martín y Horé ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, diciendo fundarlo en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, y alegando los siguientes motivos:

Primero. Al declarar la sentencia recurrida que la extensión de la parcela que se agregó al solar E del plano del expediente general sobre apertura de la calle de Núñez de Balboa, y que adquirió el Marqués de Zafra del Ayuntamiento por la escritura de 17 de Noviembre de 1886, es la que aparece en el dictamen de 21 de Mayo de 1896 de los Arquitectos Octavio y Saracibar, y al declarar que la recurrente debe levantar la valla que su marido D. Jacobo Prendergast colocó en el terreno que la Sala sentenciadora estima ser de la propiedad del Marqués de Zafra, infringe, por inaplicación, el art. 24 de la ley Hipotecaria, que determina los efectos que surtirán los títulos inscritos; pues desconoce dicha Sala la eficacia de los títulos de propiedad de Doña Carmen de Francisco, inscritos en el Registro y en las varias transmisiones de dominio desde que aquéllas constituyeron fincas independientes, con la misma extensión y linderos que los han venido poseyendo la recurrente y su causante Prendergast, títulos que además son de fecha muy anterior al que ostenta el Marqués de Zafra; infringiendo, también por inaplicación, el art. 25 de la misma ley Hipotecaria, que dispone que los títulos inscritos no surtirían su efecto en cuanto á tercero sino desde la fecha de la inscripción; y el art. 27 de la repetida ley, que considera como tercero á aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito; porque ni la recurrente ni su causante intervinieron para nada en la permuta de terreno que el Ayuntamiento celebró con el Marqués de Zafra en 1886; así que, teniendo la recurrente el concepto de tercero respecto de aquel contrato, que es el título que ostenta Zafra, no puede perjudicarle la extensión que en el mismo se dió á la parcela, disminuyendo, como hace la sentencia recurrida, con infracción de los citados artículos, el terreno que con arreglo á sus títulos de 1882, y por tanto muy anteriores á la fecha de la permuta y á la inscripción de la parcela á nombre del Ayuntamiento, viene poseyendo Doña Carmen quieta y pacíficamente:

Segundo. Error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción, por inaplicación, del art. 1216 del Código civil, que define los documentos públicos, y del 1218 del mismo Código, que determina la fuerza probatoria de los mismos; porque la sentencia recurrida, al san-

cionar el deslinde de los Arquitectos Octavio y Saracibar, acepta para la parcela del Marqués de Zafra la extensión marcada en el plano del Ayuntamiento de 15 de Abril de 1885 y en la escritura de 17 de Noviembre de 1886, y no tiene en cuenta el resultado que ofrece la certificación del acta de deslinde de 14 de Enero de 1889, efectuado con acuerdo y aprobación del Ayuntamiento, que rectificó y modificó dicho plano y escritura; deslinde practicado, con asistencia del Teniente Alcalde del distrito de Buenavista, de D. Jacobo Prendergast y del Marqués de Zafra por el Arquitecto municipal, y en el que se determinaron y midieron los solares de Prendergast con arreglo á sus títulos, y se fijó la extensión del perteneciente al Marqués de Zafra, en 136 metros 24 decímetros cuadrados; y de esa suerte, por el mismo Municipio, y con la conformidad de Zafra, fueron modificados el plano del 85 y la escritura del 86, en los que, sin embargo, se basa la Sala sentenciadora para aprobar el deslinde de los Arquitectos Octavio y Saracibar; y

Tercero. Error de hecho, que resulta de documentos auténticos, que prueban la equivocación evidente del juzgador; porque los escritos de Prendergast de 20 de Junio de 1888 y 9 de Abril de 1889, dirigidos á la Alcaldía á que se refiere la sentencia, no dicen ni contienen la renuncia por parte de aquél al terreno cedido por el Ayuntamiento al Marqués, como supone la Sala sentenciadora; pues en la instancia de 24 de Junio de 1888 se limitó Prendergast á insistir en que se llevase á efecto la permuta que tenía solicitada de los terrenos suyos necesarios para el desemboque de la calle de Núñez de Balboa; y en el escrito de 9 de Abril de 1889 manifestó que por el resultado del deslinde se había demostrado el error cometido al otorgar la escritura de 17 de Noviembre de 1886, dando aquella parcela más terreno del que le correspondía, pidió la rectificación de dicha escritura y el reintegro de la diferencia á favor del Marqués de Zafra, y terminó solicitando del Ayuntamiento que otorgara la escritura de permuta del terreno que el exponente cedía; no pudiendo, por tanto, ser más evidente el error de hecho, ya que no hay en esa instancia, copiada del Ayuntamiento, una sola palabra por la que directa ni indirectamente Prendergast renunciara ó desistiera de toda cuestión respecto al terreno que se cedió de más al Marqués de Zafra, antes bien patentizan el error cometido y piden su rectificación.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia recurrida, al decidir la principal cuestión litigiosa, que versa sobre si la valla colocada por D. Jacobo Prendergast está en terreno de su pertenencia ó en parte del que fué adjudicado al Marqués de Zafra, se funda, entre otras pruebas, por las razones que expone y, y atendida la confusión originada por los numerosos y contradictorios planos, deslindes y antecedentes aportados al pleito, en la adquisición hecha por Zafra en 1881, en el plano formado en 1885 y aceptado por todos, en los demás datos que se tuvieron presentes para verificar la permuta de 1886 entre dicho Marqués y el Ayuntamiento de esta corte, y especialmente en la mayor cabida que, con relación á la que se les asignaba en los planos y escrituras, tienen los terrenos poseídos por Prendergast, los cuales se inscribieron en el Registro de la propiedad, haciendo constar que su extensión superficial quedaba sujeta á rectificación al practicarse los replanteos que no aparecen realizados; por cuyas razones es indudable que no se desconoce el valor de ninguno de los títulos de dominio presentados por la recurrente, ni los efectos que produce la inscripción de los mismos en el Registro, ni los derechos que en su virtud corresponden al dueño de los

solares, ni, por consiguiente, han podido infringirse los preceptos de la ley Hipotecaria citados en el motivo primero:

Considerando que no existe el error de derecho é infracción de los artículos del Código civil invocados en el segundo motivo, porque tratándose, como se trata, de dictámenes y pruebas periciales que, con arreglo á la ley, se aprecian discrecionalmente por la Sala sentenciadora, estima ésta, en uso de sus atribuciones, que el plano de 1885, la escritura de 17 de Noviembre de 1886 y el informe de los Arquitectos Octavio y Saracibar debe prevalecer respecto del acta de deslinde de 14 de Enero de 1889, con tanta mayor razón, cuanto que no sólo hubo disentimiento entre los interesados acerca de ella, negándose Zafra á firmarla y reservándose exponer lo que creyese oportuno, sino que el acuerdo del Ayuntamiento, relativo á la permuta y deslinde del terreno de Prendergast, fué anulado por el Gobernador de la provincia; y

Considerando que, según la terminante afirmación consignada con referencia á las instancias de Prendergast en la sentencia y en el informe del Ingeniero de la Sección primera del Ensanche de Junio de 1893, tampoco se ha incurrido en el error de hecho alegado en el motivo tercero, y el cual, aun en la hipótesis de que se hubiese demostrado, no podría afectar á la procedencia de la resolución impugnada, que subsistiría por los otros fundamentos legales que contiene;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Carmen de Francisco Martín y Horé, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación corespondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 24 de Enero de 1899.—Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 23.—TRIBUNAL SUPREMO.—25 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Apelación.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Don Antonio Ricomá contra el dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en incidente con Doña Agustina Barba.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que á tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso interpuesto contra el auto limitado á tener por parte á un litigante, porque conforme al art. 1690 de la misma ley, no tiene el carácter de sentencia definitiva.

Resultando que en interdicto de adquirir la posesión de bienes, seguido ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universi-

dad de Barcelona por Doña Agustina Barba y Jaumar, solicitó ésta se interesara del Juzgado del Norte de la misma capital se alzase la retención que de su orden pesaba sobre los intereses ó productos de los bienes objeto del interdicto; y habiendo accedido á ello el primero de dichos Juzgados, acordó el segundo, ó sea el del Norte, en auto fecha 20 de Diciembre de 1897, alzar la retención aludida:

Resultando que apelada esta resolución por D. Antonio Ricomá y remitidos los autos á la Audiencia del territorio, compareció la Doña Agustina Barba, solicitando se la tuviera por parte en tal apelación, á lo cual accedió la Sala segunda de lo civil de dicha Audiencia en auto de 7 de Mayo de 1898, que por otro de 28 de dicho mes y año se declaró no haber lugar á suplir ni enmendar, según pretendió D. Antonio Ricomá Surroca:

Resultando que éste ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en el párrafo 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando como infringidos:

Primero. El art. 387 de la ley de Enjuiciamiento civil, al admitir la Sala sentenciadora *como parte* á Doña Agustina Barba en unos autos venidos en apelación de un acuerdo de primera instancia dictado en pleito en que aquélla *no figura como demandante ni como demandada*, y para la sustanciación de cuyo recurso no fué ni pudo ser emplazada; y

Segundo. En el mismo concepto anteriormente expresado, los artículos 883, 890 y 891 y demás concordantes de la sección 3.ª del tít. 6.º, libro 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuyas disposiciones se parte del supuesto racional y lógico de que en una apelación no puede haber sino apelante y apelado, y que sólo con los que tienen uno ú otro carácter ha de entenderse la sustanciación de aquélla:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que el auto recurrido no tiene evidentemente el carácter de sentencia definitiva, conforme al art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que se limita á tener por parte á Doña Agustina Barba en el incidente promovido por D. Antonio Ricomá; y siendo esto así, el presente recurso no puede admitirse, á tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la misma ley;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Antonio Ricomá Surroca, sin hacer condenación de costas, por no haber comparecido la otra parte; líbrese á la Audiencia territorial de Barcelona la oportuna certificación, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 25 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 24.—TRIBUNAL SUPREMO.—25 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tercería de mejor derecho.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Juan Estapé contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Puerto Rico, en pleito con Doña Ascensión Torruella y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el art. 1927 del Código civil, en su párrafo 2.º, al tratar de la prelación de créditos, hace referencia en su regla 2.ª á los comprendidos en el núm. 4.º del art. 1923, que son los preventivamente anotados en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto á créditos posteriores; limitándose el citado art. 1927 á señalar la fecha de la anotación para el orden de preferencia, pero evidentemente con relación á créditos posteriores, así prescrito en el 1923:

Que según tiene repetidameute declarado el Tribunal Supremo, desde la publicación del Código civil no rigen las leyes y doctrina que antes regulaban la imposición de costas.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Enero de 1899, en los autos de tercería de mejor derecho instados por D. Luis Pérez Valdivieso y Hurtado, propietario, vecino de Ponce, á quien después por su fallecimiento han sucedido su viuda Doña Ascensión Torruella y Rivera, por sí y como representante legal de sus hijos menores de edad Doña Ascensión, Don Rafael y D. Ulises Pérez Valdivieso, y también en nombre propio los otros hijos del prenombrado D. Luis Pérez Valdivieso, mayor de edad D. Luis y D. Fernando, dependientes de comercio; D. Vicente, estudiante; Doña Amelia, Doña Carmen y Doña Dolores Pérez Valdivieso, dedicadas á las faenas domésticas, vecinos todos de Ponce, en un juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de primera instancia de dicha población y la Sala de lo civil de la Audiencia de Puerto Rico por D. Juan Estapé y Garriga, agricultor, de la misma vecindad, contra la sucesión de D. Carlos Pagés y Maristany, representada por la viuda de D. Carlos, Doña Obdulia Ferrer y Pagés, de la que no constan la profesión ni vecindad; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Juan Estapé, representado por el Procurador D. Gregorio Moreno Rodrigo y defendido por los Letrados D. Martín Rosales y D. Víctor Pío Brugada, éste en el acto de la vista; estándolo la sucesión de D. Luis Pérez Valdivieso, único de los recurridos que se ha personado en este Supremo Tribunal, por el Procurador D. Mariano Vivar y Trigueros y el Licenciado D. Trinitario Ruiz y Valarino:

Resultando que D. Carlos Pagés y Maristany, en testamento otorgado en Ponce el 1.º de Febrero de 1891, reconoció ser deudor de D. Luis Pérez Valdivieso y Hurtado por la suma de 16.000 pesos, poco más ó menos, y de D. Juan Estapé por otros 8.500; bajo cuya disposición testamentaria falleció el D. Carlos Pagés el 19 de Febrero de 1891:

Resultando que D. Luis Pérez Valdivieso formuló demanda contra la sucesión de D. Carlos Pagés, que fué admitida en 20 de Febrero de 1894, solicitando el embargo preventivo de los bienes del deudor para responder de la suma de 16.000 pesos, como así lo acordó el Juzgado, ordenando en 8 de Marzo siguiente se librara mandamiento al Registro de la propiedad para la toma de razón del embargo; y seguido el pleito por sus trámites, la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, con fecha 2 de Septiembre de 1895, dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, condenando á la sucesión Pagés á pagar al demandante Pérez Valdivieso los 16.000 pesos é intereses:

Resultando que en 26 del citado mes de Febrero de 1894, Doña Obdulia Ferrer y Pagés, viuda de D. Carlos Pagés, por su propio derecho y como representante legal de sus hijos menores de edad, reconoció en es-

critura pública ser deudora la sucesión de D. Carlos á D. Juan Estapé de 25.086 pesos 86 centavos, procedentes de la administración y refacción de la finca Obdulia:

Resultando que D. Juan Estapé, en 29 de Marzo, formuló demanda ejecutiva ante el Juzgado de primera instancia de Ponce contra la sucesión de D. Carlos Pagés por la expresada cantidad de 25.086 pesos 86 centavos, despachándose, en su consecuencia, el mandamiento oportuno el 31 del mismo mes; y requerida de pago Doña Obdulia el 6 de Abril siguiente, se trabó embargo el día 10 en la Hacienda Obdulia y varios bienes más, que fué anotado en el Registro de la propiedad:

Resultando que D. Luis Pérez Valdivieso, con fecha 2 de Marzo de 1896, dedujo ante el mencionado Juzgado de Ponce demanda, con la pretensión de que se declarase la preferencia de su crédito, ascendente á 16.000 pesos, respecto del D. Juan Estapé, para su satisfacción y pago de los bienes embargados á la sucesión de D. Carlos Pagés y Maristany, imponiendo las costas al que se opusiera á tal pretensión:

Resultando que en apoyo de su solicitud expuso sustancialmente Don Luis Pérez Valdivieso, á más de consignar lo anteriormente relacionado: haber otorgado D. Carlos Pagés y Maristany, en la misma fecha que su testamento, un poder especial á favor de D. Adolfo Sánchez para que en su nombre formara, como así se hizo en escritura de 17 del mismo mes de Febrero de 1891, con D. Juan Estapé, una Sociedad agrícola que se dedicase á la explotación de la finca Obdulia, debiendo invertirse los productos que se obtuvieran, ante todo, en pagar varias obligaciones de Pagés, entre ellas el crédito á favor de Pérez Valdivieso, á pesar de lo cual no le habían satisfecho cantidad alguna, por lo que se vió obligado á entablar el juicio en reclamación de su crédito, obteniendo el embargo de bienes pertenecientes á la sucesión Pagés, si bien al practicarse la oportuna diligencia ocultaron algunos; haberse puesto de acuerdo Doña Obdulia Ferrer y Pagés con D. Juan Estapé para burlar los derechos de Pérez Valdivieso cuando vió que se demandaba á la sucesión, y en su consecuencia, después de decretado un embargo y de expedido un mandamiento en forma, otorgaron la escritura de reconocimiento de crédito, dejando á Estapé en aptitud de hacer valer sus derechos desde luego, como así lo hizo, instando la ejecución que queda mencionada; haber sido admitida la demanda de Pérez Valdivieso en 20 de Febrero del 94; anotado suspensivamente en 10 de Abril el embargo y subsanados los defectos, se anotó definitivamente el 22 de Junio, mientras que la demanda de D. Juan Estapé se presentó ó proveyó á ella el 29 de Marzo de aquel año 1894, recayó sentencia el 20 de Abril y se anotó en el Registro el 12 de Junio; y que la sucesión Pagés se opuso á la demanda de Pérez Valdivieso, pero dicha oposición había sido desestimada por la Audiencia del territorio; y citó varios fundamentos legales, acompañando para justificar los hechos alegados varios documentos:

Resultando que D. Juan Estapé y Garriga se opuso á las pretensiones deducidas en la demanda, sosteniendo al efecto: haber quedado rescindida por muerte de D. Carlos Pagés la Sociedad agrícola, que de hecho no duró más que dos días; no ser cierto que al practicarse el embargo á favor de Pérez Valdivieso se ocultaran bienes de ninguna especie; haber sido necesario adquirir fondos para cultivar la finca Obdulia, por lo que á fin de satisfacer al que los adelantara, fué necesario otorgar la escritura de reconocimiento; no haberse convertido la anotación de suspensión á favor de Valdivieso dentro del plazo que concede la ley Hipotecaria; haber instado D. Juan Estapé contra la sucesión de D. Carlos Pagés una ejecución por 8.500 pesos, intereses y costas, obteniendo á su favor el

embargo de parte del terreno de la quinta Obdulia, del que se tomó anotación de suspensión, que después fué convertida en definitiva, anotándose luego el embargo, consecuencia de la otra ejecución, por 25.086 pesos 86 centavos, y 3.000 pesos más por intereses y costas; y no haber suplicado Pérez Valdivieso de las resoluciones dictadas en la ejecución seguida por D. Juan Estapé; y alegó varios fundamentos de derecho:

Resultando que declarada rebelde la sucesión de Pagés, y renunciado por el demandante el traslado de réplica, se recibió el pleito á prueba, practicándose á instancia de ambas partes la documental, uniéndose á los autos una certificación del Registro de la propiedad, de la que aparece: que en 10 de Abril de 1894 se tomó anotación de la suspensión de un embargo con la letra A sobre la finca Obdulia, á favor de D. Luis Pérez Valdivieso; anotación preventiva letra E, á favor del mismo en 22 de Junio de aquel año; anotación suspensión letra B, de otro embargo para responder de 8.500 pesos, y 3.000 más para costas é intereses, á favor de D. Juan Estapé, en 13 de Marzo también de 94, que se convirtió en preventiva por anotación de 14 de Julio siguiente; otra anotación preventiva, letra C, en 12 de Junio del 94, á consecuencia de embargo instado por Estapé para responder de 25.086 pesos 86 centavos; y otra anotación de fecha 14 del mismo mes de Junio, señalada con la letra D, á favor de D. Luis Pérez Valdivieso, por 16.000 pesos y sns intereses:

Resultando que seguido el pleito por sus trámites, el Juzgado dictó sentencia declarando no haber lugar á la demanda deducida contra Don Juan Estapé, á quien se condenó en costas; é interpuesta por éste apelación contra el enunciado fallo, la Sala de lo civil de la Audiencia de Puerto Rico, en 2 de Diciembre de 1897, dictó otro revocatorio de aquél, por el que se declara con lugar la demanda de tercería interpuesta por D. Luis Pérez Valdivieso, y que es preferente su crédito contra D. Carlos Pagés y Maristany, hoy su sucesión, por 16.000 pesos, al de 25.086 pesos 86 centavos que contra dicha sucesión posee D. Juan Estapé Garriga, debiendo ser satisfechos dichos 16.000 pesos é intereses legales desde el 7 de Marzo del 94 de los bienes embargados por Estapé en el juicio ejecutivo instado contra la mencionada sucesión; imponiendo las costas de primera instancia á Estapé, y sin hacer especial condena de las de segunda;

Resultando que D. Juan Estapé y Garriga ha interpuesto recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del art. 1689 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba y Puerto Rico, alegando al efecto haber infringido la Sala sentenciadora:

Primero. El párrafo segundo del art. 1927 del Código civil, según el cual, los créditos preventivamente anotados en el Registro de la propiedad, en virtud de mandamientos judiciales, gozarán de prelación entre sí, por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones ó anotaciones en dicho Registro; pues siendo de fecha anterior la anotación preventiva de Estapé, debe ser preferido el crédito de éste al de Valdivieso, cuya anotación es posterior:

Segundo. El art. 1924 del expresado Código, por aplicación indebida, ya que tratándose de prelación entre acreedores que anotaron sus créditos, no cabe aplicar este artículo, sino el 1927, que confirma el principio general de preferencia por orden de fechas, establecidas por la vigente legislación hipotecaria; y

Tercero. La jurisprudencia sentada en las sentencias de este Supremo Tribunal de 9 de Marzo de 1863, 11 de Mayo del 71 y otras muchas, en cuanto impone á Estapé las costas de la instancia en que fué absuelto; pues como dice la primera de dichas sentencias, con arreglo á lo dis-

puesto en la ley 8.ª, título 22, Partida 3.ª, «sería de todo punto improcedente y anómalo que se impusieran las costas al demandado absuelto por haberse defendido con razón derecha».

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que el artículo 1927 del Código civil, en su párrafo segundo, al tratar de la prelación de créditos, hace referencia en su regla 2.ª á los comprendidos en el núm. 4.º del art. 1923, que son los preventivamente anotados en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto á créditos posteriores; limitándose el citado artículo 1927 á señalar la fecha de la anotación para el orden de preferencia, pero evidentemente con relación á créditos posteriores, así prescrito en el 1923; y como el crédito de Pérez Valdivieso no sólo es anterior á la anotación del de Estapé, sino que también tres años de fecha anterior á la escritura del de éste, es indudable que en la sentencia recurrida no se cometen las infracciones alegadas en los dos primeros motivos del recurso:

Considerando que, según tiene repetidamente declarado este Tribunal Supremo, desde la publicación del Código civil no rigen las leyes y doctrina que antes regulaban la imposición de costas, y por tanto, no se han cometido las infracciones invocadas en el tercer motivo:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Estapé y Garriga, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese la correspondiente certificación, pasándose, acompañada del apuntamiento, con la comunicación oportuna, al Sr. Presidente de este Tribunal á los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=José María Barnuevo.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 25 de Enero de 1899.=Hilario María González y Torres.

Núm. 25.—TRIBUNAL SUPREMO.—26 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesetas.*—Auto declarando no haber lugar, en parte, á la admisión del recurso interpuesto por D. Silvestre Azcárate contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona, en pleito con D. Benito Baquedano.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que con arreglo al núm. 4.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso cuando no se citan concretamente los preceptos legales que se suponen infringidos:

Que lo es también, conforme al núm. 8.º de dicho artículo, cuando la sentencia, combatida por incongruente, contiene implícitamente en su fallo la resolución que el recurrente supone omitida:

Que á tenor de lo prescrito en el núm. 9.º del mencionado artículo, no procede la admisión del recurso, fundado en error de hecho y de

derecho que se atribuya al fallo recurrido en la apreciación de la prueba, cuando no se cita ley ni doctrina alguna relativa á la misma que haya sido infringida por la Sala sentenciadora.

Resultando que por la cantidad de 4.000 pesetas de capital é intereses, á razón de un 5 por 100 anual, á contar desde el día 6 de Junio de 1879, con deducción de 500 pesetas entregadas á cuenta, D. Benito Baquedano, como apoderado de Doña Tomasa Saralegui, demandó ante el Juzgado de primera instancia de Pamplona á D. Silvestre Azcárate, que era en deberle tal cantidad por un crédito á su favor transmitido por escritura de 16 de Marzo de 1896, y á cuyas pretensiones se opuso el demandado, negando el valor probatorio de los documentos presentados por los demandantes y acusando, al evacuar el escrito de conclusiones, la falsedad de la escritura de transmisión del préstamo cuyo importe se le reclamaba, por resultar de la prueba practicada que la demandante era monja Carmelita con voto de pobreza, y no una señora soltera y dedicada á sus labores, como aparecía ser en la mencionada escritura:

Resultando que tramitado el pleito en sus dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona, por sentencia confirmatoria de 3 de Junio de 1898, condenó á D. Silvestre Azcárate, de conformidad con las pretensiones de la demanda, con imposición de las costas de la segunda instancia:

Resultando que D. Silvestre Azcárate interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el caso 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando en el apartado 3.º de este motivo como infringido por la sentencia recurrida el Concordato de 1851, vigente en Navarra en materia de adquisiciones de monjas, y no la ley de 1837 ni el Código civil como revocación del derecho sustantivo:

Segundo. Fundado en el núm. 3.º del mismo artículo de la ley procesal, que infringe la Sala al no resolver la excepción de falsedad de la escritura de transmisión del préstamo á favor de la demandante Doña Tomasa Saralegui, qne no pudo alegarse hasta su demostración en el período de prueba; y

Tercero. En el caso 7.º del mismo artículo, alegando en el apartado 1.º de este motivo el error de derecho en la apreciación de la prueba, cometido al basar ésta en los documentos acompañados por los demandantes, que carecían de valor probatorio por no haberlos presentado en su integridad, y de los que sólo fueron aceptados en el período de prueba las cláusulas que de ellas se testimoniaron, al objeto de evitar su compulsa, pero sin reconocerles valor alguno; y en el 2.º, la infracción de los arts. 27 y 396 de la ley Hipotecaria, al basar la prueba en documentos que carecían del requisito de la inscripción:

Resultando que comunicados los autos al Ministerio fiscal, se opuso á la admisión de los citados motivos, y oído el Magistrado Ponente, se mandaron traer los autos á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que en el motivo primero, apoyado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley procesal, se invoca bajo el núm. 3.º como infringido el Concordato de 1851, sin precisar concretamente el artículo del mismo aplicable; así como tampoco se cita en el motivo segundo la ley ó doctrina infringida al decirse que no se ha resuelto en la sentencia la excepción de falsedad alegada oportunamente, aparte de que el fallo contiene implícitamente tal resolución, en cuyo caso son inadmisibles di-

chos extremos del recurso, con arreglo á los números 4.°, 8.° y 10 del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que en el motivo tercero se alega error de hecho y de derecho con referencia á la apreciación de documentos, comprendiéndose el de derecho en los apartados números 1.° y 2.°, en los cuales se impugna dicha apreciación, pero sin citar ley ni doctrina alguna relativa á tal prueba, y sí sólo en el segundo, artículos de la ley Hipotecaria que no tratan de esta materia, por lo cual son inadmisibles, á tenor de lo prescrito en el núm. 9.° del mencionado art. 1729;

Se admite el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Silvestre Azcárate en cuanto á los apartados 1.° y 2.° del primer motivoy 3.° del tercero en que se funda, y no ha lugar respecto de los demás; y pasadas que sean las copias necesarias para la publicación de este auto en la forma que previene la ley, entréguense á la parte recurrente para instrucción por término de diez días.

Madrid 26 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 26.—TRIBUNAL SUPREMO.—27 de Enero, pub. el 14 de Febrero.

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal de Corella la competencia suscitada con el de igual clase de Bilbao, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. Pascual Villafranca contra D. Luis Legarda.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que en el contrato de compraventa, cuando no se establece por las partes el punto en que haya de satisfacerse el precio, es obligación del comprador, según el art. 1500 del Código civil, realizar el pago en el lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Enero de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, por virtud de inhibitoria propuesta por el Juez municipal de Bilbao al de igual clase de Corella, en el conocimiento del juicio verbal sobre pago de cantidad, promovido ante el último por Don Pascual Villafranca, comisionista en vinos y vecino de Corella, contra D. Luis Legarda, comerciante, vecino de Bilbao; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo ninguna de las partes:

Resultando que D. Pascual Villafranca acudió al Juzgado municipal de Corella, demandando en juicio verbal á D. Luis Legarda, comerciante de Bilbao, el pago de un saldo de cuenta por compra de unos vinos efectuada por su orden en aquel punto, que le había remitido, que ascendía á la cantidad de 124 pesetas 59 céntimos, con más la de 17 pesetas y un céntimo, importe del protesto de una letra no aceptada, y 45 pesetas de pérdida en el vino comprado:

Resultando que librada orden al Juez municipal de Bilbao para la citación de D. Luis Legarda, promovió éste la inhibitoria de jurisdicción, alegando: que en aquel punto habían convenido efectuar los pagos, como así había ocurrido, sin existir contrato alguno en que el demandado se sometiera á la jurisdicción del Juzgado requirente, y que se trataba de

hacer efectivo el importe de una letra girada á Bilbao que no había aceptado:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, el Juez municipal de Bilbao dictó auto inhibitorio en 16 de Septiembre de 1898, en atención á que no fijándose el lugar del pago en la compraventa realizada, debía hacerse en el punto en que se entregó la cosa vendida, que había sido Bilbao, donde el demandado recibió los vinos; y que no resultando de las actuaciones hubiera por parte de éste sumisión expresa ni tácita al Juez de Corella, y tratándose del ejercicio de una acción personal, era competente el del lugar en que debiera cumplirse la obligación, y en su defecto, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, como disponía la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que D. Pascual Villafranca se opuso á la inhibitoria propuesta, fundándose en que el mismo demandado había estado en Corella con el objeto de realizar la venta del vino, que terminó por medio de carta dirigida al demandante en dicha ciudad, donde se comenzó y consumó el contrato; que no era cierto se conviniera que el pago se efectuaría en Bilbao, como lo demostraba el hecho de haber dejado Legarda al demandante 1.000 pesetas á cuenta, advirtiéndole que para completar el cobro podía hacerlo á reembolso ó girando á su cargo; y que no habiendo, por tanto, lugar determinado para el cumplimiento de la obligación, podía elegir el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, optando por este último:

Resultando que de conformidad con el dictamen fiscal, por auto de 19 de Octubre de 1898, el Juez municipal de Corella sostuvo su competencia, en atención á que la jurisdicción del demandado está supeditada en el ejercicio de acciones personales al lugar del cumplimiento del contrato, y si bien en el presente caso ninguna de las partes había concertado el lugar del cumplimiento de la obligación, en Corella fué donde ésta comenzó á realizarse y principió á consumarse; que más bien que un contrato, habían realizado el de mandato, puesto que el demandante reclamaba una cantidad por pago de una cosa comprada en Corella en virtud de orden verbal y escrita del demandado; que no existiendo pacto en contrario, el mandante está obligado á satisfacer al mandatario las cantidades necesarias para su ejecución, así como las relativas á gastos y servicios prestados en el lugar en que éste hubiese desempeñado el encargo; y que todas estas consideraciones tenían su apoyo en la regla 1.ª, art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el art. 1500 del Código civil y sentencias de 30 de Marzo, 6 de Abril y 12 de Junio de 1897:

Resultando que el Juez municipal de Bilbao insistió en su competencia, en cuya virtud elevaron ambos las actuaciones á este Tribunal Supremo con los debidos emplazamientos, y se sustanció la competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que en el contrato de compraventa, cuando no se establece por las partes el punto en que haya de satisfacerse el precio, es obligación del comprador, según el art. 1500 del Código civil, realizar el pago en el lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida; y en este concepto, para resolver el presente conflicto jurisdiccional, basta con determinar el lugar en que, según el contrato, debía recibir D. Luis Legarda los vinos comprados:

Considerando que ya se entienda que los vinos los adquiriera Legarda por compra directa á D. Pascual Villafranca, ó por encargo dado al efecto, es lo cierto, por ser hechos aceptados por ambas partes, que el contrato se celebró en Corella, que allí satisfizo el comprador la mayor

parte del precio, y que Villafranca, ni como vendedor ni en su caso como arrendatario, contrajo la obligación de entregar en Bilbao la mercancía, por lo que, según la doctrina sentada en el considerando anterior, hay que reputar para los efectos del contrato realizada la entrega en Corella, y en su consecuencia, es manifiesta la competencia del Juez municipal de esta población para conocer de la demanda interpuesta, por ser el del lugar en que la obligación debía cumplirse, que, con preferencia al del domicilio del demandado y al del contrato, señala la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez municipal de Corella, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho, poniéndose esta resolución en conocimiento del Juez de Bilbao; y no hacemos declaración sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 27 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 27.—TRIBUNAL SUPREMO.—27 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pertenencia de bienes de vinculación.*—Auto declarando no haber lugar, en parte, á la admisión del recurso interpuesto por Doña Mariana Cuñat contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en pleito con Doña Vicenta Chapa y otros.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que á tenor de lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los motivos del recurso referentes á cuestiones no planteadas, discutidas ni resueltas en el pleito.

Resultando que Doña Vicenta, Doña Bárbara y Doña María Chapa Selelles, en demanda civil ordinaria presentada ante el Juez de primera instancia de Valencia, distrito de San Vicente, solicitaron se declarara pertenecerles los bienes del patronato y vinculación, fundados por Don Melchor Villena, y nula y sin ningún valor la sentencia de 25 de Junio de 1875, que confirió su posesión á los ascendientes de Doña Mariana Cuñat, en cuya virtud debía ser ésta, que en la actualidad los poseía, condenada á su entrega inmediata:

Resultando que en oposición á la demanda, Doña Mariana Cuñat negó el carácter de sucesora en el vínculo á las hermanas Chapas Selelles, y opuso la excepción de cosa juzgada, por ser ejecutoria hacía dieciocho años la sentencia cuya anulación se pretendía, dejando transcurrir el trámite de dúplica sin hacer alegación alguna:

Resultando que tramitado el pleito en sus dos instancias, la Sala de

lo civil de la Audiencia del territorio dictó sentencia confirmatoria, de conformidad con las pretensiones de las demandantes, contra la que Doña Mariana Cuñat interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en tres motivos, alegando en el último, que apoya en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, haberse infringido por la sentencia recurrida las leyes 16 y 18, tít. 29, Partida 3.ª, que disponen que por la prescripción se adquiere el dominio de las cosas cuando se poseen con justo título, buena fe y durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y que aprovecha al heredero que es poseedor de buena fe el tiempo que poseyó su causante, al reivindicar para las demandantes el dominio de los bienes que constituyeron la vinculación, puesto que entre Doña Mariana Cuñat y su causante hacía dieciocho años á la fecha en que se interpuso la demanda que venían poseyendo de presente con buena fe y justo título los bienes del patronato, por lo que habían ganado el dominio de dichos bienes, que les negaba la sentencia recurrida:

Resultando que comunicados los autos al Ministerio fiscal, se opuso á la admisión del recurso en cuanto al motivo tercero y oído el Magistrado Ponente, acordó la Sala que se trajeran á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que es inadmisible el motivo tercero del presente recurso, á tenor de lo dispuesto en el caso quinto del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque se refiere á una cuestión que no ha sido planteada, discutida ni resuelta en el pleito, cual es la prescripción del dominio de los bienes reclamados por los demandantes, cuya excepción no se opuso á la demanda, como debió haberse opuesto, para que pudiera resolverse en la sentencia, y ser, en su consecuencia, objeto del recurso de casación;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Mariana Cuñat Montoro, en cuanto al motivo tercero en que se funda, y se admite respecto de los demás; y pasadas que sean las copias necesarias para la publicación de este auto en la forma que previene la ley, entréguense á las partes para instrucción por su orden y término de diez días á cada una.

Madrid 27 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 28.—TRIBUNAL SUPREMO.—27 de Enero, pub. el 11 de Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Petición de herencia.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Don Jerónimo Entrellardat contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña Josefa Entrellardat y otros.

En sus considerandos se establece:

Que la voluntad del testador es ley suprema en materia de sucesiones.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Enero de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Balaguer y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Jerónimo Entre-

llardat y Río, jornalero, vecino de Barcelona, con Doña Josefa Entrellardat y Creus, asistida de su marido D. Manuel Bosch y Balaguer, labrador, vecino de Ibars, y con D. Francisco Gaspá y Esteve, también labrador y de igual vecindad, sobre petición de herencia y otros extremos; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido por el Licenciado D. Angel de la Guardía y representado por el Procurador D. Felipe Jiménez; habiéndolo estado Doña Jose Entrellardat por el Licenciado D. Raimundo Puig y Durán y el Procurador D. Antonio Bendicho:

Resultando que D. José Estrellardat y Ortiz, con motivo del matrimonio de su hijo D. José Antonio Entrellardat y Molíns, otorgó capitulaciones en 8 de Junio de 1828, en las que hizo á éste donación y heredamiento de sus bienes bajo ciertas condiciones, entre ellas, la de que si el donatario muriese sin hijos legítimos y naturales, ó con tales que ninguno de ellos llegase á la edad de poder testar, solamente podría testar, disponer y hacer á sus libres voluntades de 500 libras barcelonesas, que serían y le servirían en pago y satisfacción de todos sus derechos de legítima paterna y de otros cualesquiera que pudiese pretender en la herencia de su padre y donador; y lo restante de las cosas donadas volviese y proviniese á dicho testador si viviese, y si no viviese, á su heredero y sucesor, ó á quien hubiese dispuesto:

Resultando que D. José Entrellardat y Ortiz falleció en 9 de Julio de 1834, bajo testamento de 26 de Abril de 1832, en que consignó la siguiente cláusula: «En todos los demás bienes míos, muebles é inmuebles, habidos y por haber, nombres, voces, derechos, fuerzas y acciones mías, en cualquiera parte que sean, ó género ó especie en que consistan, y á mí me pertenezcan ó pertenecerán por cualquier derecho, título, causa ó razón, dejo y otorgo y á mi heredero universal hago é instituyo á José Antonio Entrellardat y Molíns, hijo legítimo y natural á mí y á mi primera difunta esposa Josefa Entrellardat y Molíns, común, si el día de mi óbito viviere y heredero mío quisiere ser; y él en aquel instante premuerto, á sus hijos liberos legítimos y naturales, ó á aquel ó á aquellos que le sean heredero ó herederos ó le sucedan; pero si el referido José Antonio el día de mi muerte no viviere, ó viviendo no fuere heredero mío, ya por no querer ó no poder, ó siendo mi heredero falleciere sin descendencia legítima y natural, y de legítimo y carnal matrimonio procreada, ó bien con tales hijos que ninguno de los cuales llegare á la perfecta edad de poder hacer testamento, en dichos casos y en cada uno de ellos, al repetido José Antonio sustituyo y á mi heredero universal hago é instituyo á Jerónimo Entrellardat y Molíns, hijo legítimo y natural y común á mí y á mi consabida primera y difunta esposa mía, del mismo modo, forma y manera que para el precitado José Antonio tengo antes dispuesto; y muerto el nombrado Jerónimo sin hijos, ó con ellos, pero que no llegaren á la perfecta edad de hacer testamento, á él sustituyo, y de mi heredero universal hago é instituyo, á Antonio Entrellardat y Molíns, también hijo legítimo y natural y común á mi y á mi citada primera y difunta esposa mía, del mismo modo, forma y manera que igualmente tengo antes dispuesto para el referido José Antonio; y si muerto el mencionado Antonio sin hijos ó con tales que ninguno de los cuales llegare á la edad de poder hacer testamento, á ellos sustituyo y de mi heredero universal hago é instituyo á Ramón Entrellardat y Molíns, también hijo legítimo y natural y común á mí y á mi precitada primera y difunta esposa mía, del mismo modo, forma y manera que para el mencionado José Antonio tengo antes dispuesto; queriendo y declarando expresamente, que cualquiera de los citados mis hijos que suceda

en mi herencia y fallezca con hijos legítimos y naturales procreados de legítimo y carnal matrimonio, uno ó muchos, y que alguno de ellos llegue á la edad de poder testar, pueda disponer de mi herencia y bienes á sus francas y libres voluntades»:

Resultando que el heredero instituído D. José Antonio Entrellardat y Molíns entró en posesión de la herencia, inscribiendo las fincas á su nombre en el amillaramiento y continuó disfrutándolas hasta su muerte, ocurrida en 24 de Abril de 1890, sin haber tenido hijos, y bajo testamento de 10 de Septiembre del año anterior, en que instituyó heredero á su hermano D. Ramón, quien entró en posesión de la herencia, promovió en el Juzgado municipal de Ibars de Urgel expediente de posesión de las fincas, que fué aprobado por auto de 25 de Septiembre de 1892, y lo inscribió en el Registro de la propiedad del partido, falleciendo bajo testamento de 10 de Febrero de 1893, que fué inscrito en dicho Registro, y en el que instituyó heredera á su nieta Doña Josefa Entrellardat y Creus, actual poseedora de parte de las fincas, pues la otra parte la enajenaron ella ó su mencionado abuelo por diversas escrituras, también inscritas en el Registro de la propiedad, á D. Francisco Gaspá y Esteve y á otras personas:

Resultando que el segundo de los hijos de D. José Entrellardat y Ortiz, D. Jerónimo Entrellardat y Molíns, falleció en 4 de Enero de 1860, dejando instituído heredero en escritura de capitulaciones matrimoniales de 25 de Agosto de 1845 á su hijo D. José Entrellardat y Ortiz, quien á su vez falleció en 18 de Diciembre de 1859, bajo testamento de 24 del mes anterior, en que nombró heredero á su hijo D. Jerónimo Entrellardat y Ríu, y el D. Antonio Entrellardat y Molíns, tercero de los hijos, premurió también al primer hijo y heredero instituído, falleciendo en 26 de Septiembre de 1884:

Resultando que D. Jerónimo Entrellardat y Ríu dedujo en 6 de Julio de 1896 demanda, solicitando se declarase: primero, que D. José Antonio Entrellardat y Molíns no pudo disponer, ni por testamento ni por otro título, de los bienes comprendidos en la herencia de su padre á favor de otra persona que no fuera el sustituto designado por el mismo en el testamento de 26 de Abril de 1832; segundo, que el demandante, como legítimo sucesor del primer sustituto por los títulos presentados, era el único que tenía derecho á tales bienes, correspondiéndole su pleno dominio; tercero, que el expediente posesorio y la inscripción en el Registro de la propiedad, en virtud del mismo á favor del primer heredero instituído D. José Antonio, de los bienes de la herencia de su padre Don José, lo mismo que los actos posteriores, derivados de dicho título, como eran la inscripción á favor de D. Ramón en virtud del testamento de su hermano el dicho D. José Antonio, la inscripción sucesiva á favor de la nieta del D. Ramón, Doña Josefa, lo propio que las enajenaciones hechas por estos últimos á favor de Gaspá, Segarra y Galistó y los que fuesen, como cualesquiera otras enajenaciones que de fincas de dicho patrimonio se hubiesen verificado por tales personas, eran nulas, careciendo de valor y efecto y en nada le perjudicaban, ordenándose desde luego su restitución y que se expidiera mandamiento al Registrador de la propiedad para la cancelación de tales inscripciones, como derivadas de un título que carecía de todo valor y eficacia en derecho; y cuarto, que se condenara á los demandados á dimitir á favor del demandante las fincas que poseían procedentes de la herencia y patrimonio de Don José Entrellardat y Ortiz, ordenando se le diese posesión de las mismas, con los frutos producidos y podidos producir desde el fallecimiento sin hijos del D. José Antonio Entrellardat y Molíns, ó, en otro caso, desde

la presentación de esta demanda, abonándole también los daños y perjuicios que por su indebida retención le ocasionaran, é imponiendo á los demandados las costas, para lo cual alegó: que según el orden de sucesión establecido por D. José Entrellardat y Ortiz en su testamento de 1832, fallecido el primer instituído D. José Antonio Entrellardat y Molíns sin hijos ni descendientes legítimos, la herencia correspondía íntegramente al demandante, como heredero y descendiente legítimo por línea recta del segundo instituído D. Jerónimo Entrellardat y Molíns, siendo anómalo y sin explicación legal posible que hubiese sido el cuarto hijo del testador ó sus descendientes los que se hubiesen apropiado dicha herencia, cuando no se habían agotado las líneas de los dos primeros sustituídos:

Resultando que retirada la demanda en cuanto se refería á D. Valero Segarra y D. Francisco Galistó, compradores de fincas de la herencia en cuestión, la contestó D. Francisco Gaspá y Esteve, con alegaciones que no se refieren á la cuestión de este recurso; y Doña Josefa Entrellardat y Creus, asistida de su marido D. Manuel Bosch y Balaguer, la impugnó asimismo, exponiendo: que no porque D. José Antonio Entrellardat, heredero instituído, falleciese sin hijos ni descendientes, debió pasar la herencia á su hermano D. Jerónimo, que le había premuerto en 1860, ni á sus hijos, sino al otro hermano sustituto D. Ramón, único que había sobrevivido al D. José Antonio, conforme á lo dispuesto por el derecho en materia de sustituciones y á lo ordenado por el mismo testamento:

Resultando que corridos los demás trámites legales de dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia revocatoria de 12 de Julio de 1898, absolvió á Doña Josefa Estrellardat Creus y D. Francisco Gaspá y Esteve de la demanda contra ellos deducida por D. Jerónimo Entrellardat y Ríu, dejando la anotación preventiva de la misma en el Registro de la propiedad; sin especial imposición de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Jerónimo Entrellardat y Ríu ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos:

Primero. El principio jurídico y la jurisprudencia constante, de que la voluntad del testador ejerce el imperio de una ley; y la 120, Digesto, *De verborum significatione*, que confirma dicho principio; en el concepto de que la voluntad del testador era equiparar en un todo al primer sustituto con el instituído por heredero, de tal suerte que estableció el mismo modo, forma y manera para el uno que para el otro en todos los casos que al efecto estableció, y en cada uno de ellos; por lo cual, y siendo un hecho que Jerónimo Entrellardat vivía cuando falleció el testador, de quien no era heredero por no poder serlo, ya que vivía á su vez el instituído, es claro que adquirió el derecho negado por la sentencia y concedido expresamente en el testamento; pues las consideraciones hechas en el fallo recurrido respecto á posibilidad ó imposibilidad de transmitir derechos el sustituto, estarían en razón si no existiera tal voluntad del testador determinada en la cláusula; pero desde el momento en que el testador lo dispone, esa voluntad suya es suprema ley en la materia y á ella hay que atenerse forzosamente; habiéndose también infringido este precepto en cuanto la sentencia tiende á hacer valer con preferencia el carácter de pariente más próximo de la generación ó parentela del testador, siendo así que la voluntad de éste fué expresa, de contraponer el carácter de sus nietos que pudieran testar, al de pariente más proximo, llamado en defecto de ellos:

Segundo. La ley 69, tít. 32 del Digesto, y la 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que disponen que las palabras ó cláusulas del testador que son claras no

deben interpretarse; la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de Marzo de 1865, que establece que la voluntad del testador clara y explícitamente consignada, debe entenderse en los mismos términos en que la manifestó; doctrina ampliada aun más por las sentencias de 24 de Enero de 1887, 9 de Junio de 1888 y 1.º de Febrero de 1897, confirmada por el art. 675 del Codigo civil, y con arreglo á la cual, el Tribunal sentenciador no ha podido ni debido interpretar la voluntad del testador, suponiendo, como lo ha hecho, que no estaba previsto el caso de fallecer el primer sustituto antes que el instituído; bastando para convencerse de ese error, leer la cláusula en lo que respecta al uno y al otro de aquéllos; pues Jerónimo Entrellardat era llamado del mismo modo, forma y manera que José Antonio en todos y en cada uno de los casos establecidos para éste, entre los que figura el de que Jerónimo viviera, como así sucedía, cuando murió el testador, *sin poder ser su heredero,* puesto que lo era José Antonio, y habiendo muerto el último sin descendientes, y el Jerónimo dejado hijos que llegaron á la edad de testar y testaron, la voluntad de José Entrellardat no quedaría cumplida si á sus palabras claras y terminantes se les diese otra interpretación que la que aparece de ellas mismas, según lo hizo el Juzgado; cabiendo, como ampliación de este razonamiento, citar las sentencias de 23 de Septiembre de 1865 y 6 de Marzo de 1879, según las cuales, para la verdadera inteligencia de las cláusulas de un testamento hay que examinarlas aisladamente, en conjunto y relacionándolas entre sí; y aun la sentencia de 5 de Julio de 1871 concreta más el caso de autos, por cuanto afirma que «para interpretar rectamente una cláusula testamentaria cuando su relación ofrezca alguna duda, no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones, sino compararse entre sí y con relación á sus antecedentes para fijar cuál fuese la voluntad del testador»; y la Sala sentenciadora no lo ha hecho así, pues ella misma reconoce en su primer fundamento jurídico hacer sólo «un simple examen» de la cláusula hereditaria, cuando en casos tales debe ser poco todo estudio de la materia litigiosa para llegar al acierto en el fallo:

Tercero. Las leyes 27 y 41, tít. 6.º, libro 28 del Digesto, según las cuales, «el sustituto del sustituto se entiende serlo del instituído»; doctrina sancionada por la jurisprudencia, entre otras sentencias, en la de 16 de Enero de 1863, estando aún más manifiesto aquí el concepto de la infracción, porque relacionando esas leyes con el final de la cláusula testamentaria, se ve que por la interpretación de la Sala sentenciadora no queda aquélla cumplida, pues D. José Entrellardat dijo que «cualquiera de los hijos que sucediesen en su herencia, si fallecía con hijos legítimos, y alguno de éstos llegase á la edad de testar, pudiese disponer de tal herencia á sus francas y libres voluntades»; habiendo sucedido así con respecto al causante del recurrente, y siendo de tener en cuenta la segunda sustitución de Antonio Entrellardat, hecha igualmente como todas en las que se habla de sustituir á los hijos de él si no llegasen á la edad de poder hacer testamento; y

Cuarto. La ley 2.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª, que trata de la sustitución vulgar, por aplicación indebida; la 14 de los mismos título y partida, que tratan de la sustitución fideicomisaria, por infracción manifiesta; las sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1866, que comprende de lleno el caso de autos, y establece que cuando se instituye heredero con la condición de que si falleciese sin sucesión legítima pase la herencia á un sustituto, esta disposición no tiene fuerza condicional ó suspensiva, sino sólo dilatoria, y, por lo tanto, el sustituto adquiere su derecho desde la muerte del testador, que transmite á sus herederos;

la de 7 de Abril de 1864, que dice que la condición impuesta á un heredero, bajo pena, si no la cumple, de que la herencia pase al siguiente llamado, tiene aplicación al instituto y al sustituto que existan al fallecimiento del testador; y la de 6 de Julio de 1895, según la cual, «el Código civil es digno de tenerse en cuenta como cuerpo de doctrina, aun en los pleitos que han de decidirse por la legislación anterior»; pues no se trata aquí de una sustitución vulgar, como afirma inexactamente en su primer fundamento jurídico la Sala sentenciadora, sino de una sustitución fideicomisaria, estableciendo la cláusula en cuestión los mismos casos para José Antonio Entrellardat, el instituído, que para su hermano Jerónimo, primer sustituto y causante del recurrente; estando por cierto hecha tal sustitución en términos explícitos, diciendo: «si no fuese heredero, ya *por no poder*, ya *por no querer*», y aunque para los efectos son una misma cosa el acto de impotencia que el acto de voluntad, se concilia el caso de impotencia con el derecho de los transmisarios del instituído, pudiendo éstos, á quienes pasa el derecho de deliberar, recibir la herencia cuando aquél no la repudió, sino que murió sin adirla; siendo de tener presente que la voluntad del testador debe siempre anteponerse á la de la ley; y en otro orden de ideas, el hecho legal de la sucesión consta de dos elementos, la delación de la herencia, que es derecho y título de adquirir, y la aceptación, que es modo; no obstante lo cual, el Tribunal sentenciador los separa, y además de entender con notorio error la cláusula testamentaria, entiende que por no haber aceptado la herencia el causante del recurrente, caso previsto en aquélla, ni adquirió derecho ni pudo transmitirlo, lo que es contrario á la jurisprudencia citada; y, por último, aplicando á la cláusula testamentaria litigiosa las disposiciones del libro 3.º, tít. 3.º, sección tercera del Código civil, se determina también el caso de autos á favor del recurrente; pues José Antonio Entrellardat, primer instituído, con olvido de lo mandado por el testador, cometió el abuso de disponer de los bienes heredados, á título de fideicomiso, por no haberse cumplido en él la condición impuesta de dejar á su fallecimiento descendencia que pudiese testar, pues no dejó descendiente alguno, y, contra la expresada voluntad del testador, nombró por heredero suyo á Ramón Entrellardat, abuelo de Josefa, que es la persona que perdió el pleito en el Juzgado y lo ganó en la Audiencia, porque ésta, en resumen, confundió la sustitución vulgar con la fideicomisaria, dado que aquélla exige siempre palabras negativas, y, entendiendo que la voluntad del testador fué distinta de como realmente fué, no concede derecho alguno á Jerónimo Entrellardat, sustituto de José Antonio, por más que aquél sobrevivió á su padre y dejó hijos que llegaron á la edad de testar y testaron, mientras que en el instituído no se cumplió la condición impuesta expresamente; resultando de ello la privación del derecho del recurrente, reconocido por la ley, y que arranca del testamento, al cual ha debido someterse el fallo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la cuestión debatida en el presente recurso se reduce á si, con arreglo á las disposiciones del testamento de D. José Entrellardat y Ortiz, ley suprema en la materia, al morir sin descendientes su primer hijo y heredero, debió tener efecto la sustitución, pasando los bienes á la descendencia del segundo hijo premuerto, ó al cuarto, único hijo del testador existente cuando murió el primero:

Considerando que la cuestión enunciada se resuelve con el estudio y atenta lectura de la cláusula testamentaria, cuya expresión es que en cada uno de los casos contenidos en el párrafo que después de punto final empieza con la palabra «pero», entre los que se halla el de morir el

instituído sin descendencia, sucedieran por su orden los hermanos sobrevivientes llamados en sustitución fideicomisaria, mas no los hijos de los hermanos premuertos, puestos en condición en período antecedente de la misma cláusula:

Considerando que D. Jerónimo Entrellardat y Molíns, de quien desciende el recurrente, falleció en 1860 sin adquirir derecho á la herencia de su padre y sin poder por ello transmitirlo á sus herederos, y que al morir en 1890 el heredero instituído D. José Antonio, sólo vivía el cuarto hermano, D. Ramón, quien como sustituto sucedió debidamente en la herencia, y teniendo hijos legítimos llegados á edad de testar, pudo, por tanto, disponer de ella á su libre voluntad, según el tenor de la disposición final de la cláusula testamentaria de que se trata; y

Considerando que dada la expuesta inteligencia al testamento de Don José Entrellardat y Ortiz por la Sala sentenciadora, y habiéndola aplicado á los hechos del pleito de igual manera que lo ha efectuado este Supremo Tribunal en casos semejantes, no ha cometido ninguna de las infracciones supuestas en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Jerónimo Entrellardat y Ríu, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolucion del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.= Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 27 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 29.—GRACIA Y JUSTICIA.—27 de Enero, pub. el 2 de Febrero.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS dejando sin efecto la negativa del Registrador de la propiedad de Getafe á inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según lo dispuesto en el art. 157 de la ley Municipal, corresponde á los Ayuntamientos la facultad de señalar la fianza que deban prestar los Depositarios de los fondos municipales:

Que en virtud de esta facultad, las Corporaciones populares tienen capacidad para concurrir al otorgamiento y aceptación de escritura de fianza otorgada por aquéllos, puesto que el otorgamiento de esta escritura y la aceptación de la misma es una consecuencia lógica y natural de dicha facultad; por lo cual, y porque no se trata de ningún acto de enajenación ni permuta de los bienes del Municipio, no es necesaria la autorización del Gobierno, según prescribe el art. 85 de la referida ley.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario Don Sebastián Paino contra la negativa del Registrador de la propiedad de

Getafe á inscribir una escritura de constitución de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación del expresado Registrador:

Resultando que para garantir el cargo de Depositario de los fondos municipales del Ayuntamiento de Carabanchel Bajo, y en cumplimiento de lo acordado por este Municipio en sesión de 17 de Julio de 1897, Don Pantaleón Cuadrado y García otorgó, con fecha 13 de Agosto del mismo año, escritura de fianza y constitución de hipoteca á favor del expresado Ayuntamiento; concurriendo al otorgamiento de esta escritura, y aceptando dicha hipoteca en representación de la Corporación municipal, el Alcalde, el Regidor Síndico y el Interventor, designados para este efecto en sesión celebrada el dia 12 del propio mes:

Resultando que presentada dicha escritura en el Registro de la propiedad, fné denegada su inscripción, «por observarse el defecto de que la Corporación municipal de Carabanchel Bajo carece de capacidad para concurrir al otorgamiento y aceptación de la presente escritura sin la correspondiente autorización del Gobierno»:

Resultando que el Notario autorizante de la escritura denegada interpuso recurso gubernativo contra la referida calificación, solicitando que se declare que el documento objeto de la nota se halla extendido con arreglo á las formalidades y prescripciones legales, exponiendo: que las Corporaciones municipales, según lo establecido en el art. 157 de la ley Municipal, tienen á su cargo el nombramiento y separación de los Depositarios y Agentes para la recaudación de las rentas y arbitrios del Municipio, siendo las llamadas á exigir las fianzas que deban prestar, y aceptarlas sin necesidad de autorización del Gobierno; pudiendo aceptarlas, bien reunidas en sesión, bien en escritura pública y ante Notario; y que la ley Municipal solamente exige la autorización del Gobierno en los casos que se trate de contratos relativos á edificios municipales inútiles y créditos particulares á favor del pueblo, y para los demás casos á que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 85 de dicha ley:

Resultando que, oído el Registrador, informó: que las Corporaciones municipales necesitan obtener previamente la autorización del Gobierno para otorgar documentos relativos á inmuebles sujetos á inscripción; que no puede admitirse la doctrina del Notario recurrente, de equiparar las sesiones del Ayuntamiento á las escrituras públicas, siendo así que tienen distinto valor, y, por consiguiente, distintos efectos; y que no siendo necesaria la concurrencia al otorgamiento de la escritura de hipoteca de la persona á cuyo favor se constituye, si en el caso presente no hubiese concurrido el expresado Ayuntamiento al otorgamiento de la escritura denegada, ésta sería válida é inscribible:

Resultando que el Juez Delegado confirmó la nota recurrida, fundándose en razones análogas á las expuestas por el Registrador de la propiedad:

Resultando que el Notario apeló de la anterior resolución para ante el Presidente de la Audiencia, dando por reproducidas las alegaciones hechas anteriormente, é invocando las Resoluciones de este Centro de 1.° de Mayo de 1886, 1.° de Octubre de 1891 y 19 de Mayo de 1894, y Reales órdenes de 25 de Abril de 1879 y 10 de Noviembre de 1889:

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la resolución del Juez Delegado, y, en su virtud, la nota del Registrador, declarando que la escritura base del recurso es inscribible, fundándose para ello en razonamientos semejantes á los aducidos por el Notario recurrente:

Resultando que el Registrador de la propiedad apeló de la anterior resolución para ante este Centro directivo, exponiendo: que no ha tra-

tado de cercenar en lo más mínimo las facultades que las leyes conceden á los Ayuntamientos, y en especial la de 2 de Octubre de 1877, limitándose únicamente á negar la capacidad necesaria en derecho para el otorgamiento de la escritura denegada al Ayuntamiento de Carabanchel Bajo:

Vistos los artículos 85 y 157 de la ley municipal y la Resolución de este Centro de 19 de Mayo de 1894:

Considerando que, según lo dispuesto en dicho art. 157, corresponde á los Ayuntamientos la facultad de señalar la fianza que deban prestar los Depositarios de los fondos municipales:

Considerando que, en virtud de esta facultad, las Corporaciones populares tienen capacidad para concurrir al otorgamiento y aceptación de escritura de fianza otorgada por aquéllos, puesto que el otorgamiento de esta escritura y la aceptación de la misma es una consecuencia lógica y natural de dicha facultad; por lo cual, y porque no se trata de ningún acto de enajenación ni permuta de los bienes del Municipio, no es necesaria la autorización del Gobierno, según prescribe el art. 85 de la referida ley;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. á los efectos oportunos. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 27 de Enero de 1899.—El Director general, Ramón Cepeda.—Sr. Presidente de la Audiencia de Madrid.

Núm. 30.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tercería de dominio.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Severo Rodríguez contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Don Santiago López y D. Mateo Alonso.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que conforme al núm. 8.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso fundado en la supuesta incongruencia del fallo recurrido con las excepciones alegadas por el actor, cuando aquél no incurre en tal defecto.

Resultando que en procedimiento incoado á petición de D. Santiago López Pinilla, y en cumplimiento de lo mandado por el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte, tuvo lugar en 18 de Junio de 1896 el embargo de cuatro vacas y un novillo como de la propiedad de D. Mateo Alonso y Alonso; por lo que D. Severo Rodríguez Melendro formuló el 16 de Octubre del mismo año, previo incidente de pobreza, demanda de tercería de dominio de las enunciadas reses, sosteniendo habérselas vendido Alonso, por precio de 2.250 pesetas, el 4 del citado mes de Junio, presenciando el contrato, que no fué escrito, y la entrega del precio, varios testigos, sin que entonces pesara sobre los bienes del vendedor ninguna responsabilidad inminente:

Resultando que D. Santiago López Pinilla se opuso á la demanda, exponiendo para contradecirla lo que estimó procedente, y en parte de ello, como hecho quinto de la contestación, que D. Mateo Alonso era el dueño de las reses embargadas, y si figuraba como tal el demandante, jornalero de oficio, era por favorecer á su amigo y promover litigios que

ocasionaran gastos y molestias al D. Santiago; añadiendo en el undécimo de la dúplica, que el supuesto contrato celebrado entre Alonso y Rodríguez, aun cuando se hubiera realizado, siempre adolecería de un vicio sustancial de nulidad, porque el primero vendió reses que no le pertenecían, toda vez que no había satisfecho el precio, y este era un requisito esencial para adquirir el dominio de la cosa comprada; y formuló en los indicados escritos las pretensiones de que se declarase haber lugar á una excepción dilatoria de falta de personalidad del actor, que dedujo, y ser improcedente la demanda, correspondiendo por tanto seguir el procedimiento de apremio, con las costas al demandante:

Resultando que seguido el pleito en dos instancias, la Sala segunda de la Audiencia de esta capital, por sentencia de 28 de Mayo del año próximo pasado, absolvió á los demandados D. Santiago López Pinilla y D. Mateo Alonso y Alonso de la demanda de tercería contra ellos interpuesta por D. Severo Rodríguez Melendo, con imposición á éste de las costas de la primera instancia, y sin hacer condena de las de segunda, para cuyos pronunciamientos consignó dicha Sala los fundamentos que estimó pertinentes, y en uno de ellos, deducirse de los méritos de autos que mencionó, que Alonso había tratado de simular la venta y el demandante la adquisición, para evitar al primero la efectividad de las reclamaciones que tenía:

Resultando que D. Severo Rodríguez Melendro ha interpuesto recurso de casación, alegando en el segundo de los motivos en que le funda, infringirse en la sentencia recurrida, por falta de aplicación, el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, al apreciar la fraudulencia y nulidad del contrato en que el demandante basaba su derecho; porque aun en el supuesto de que el establecimiento, vaquería ó lechería, hubiera sido de la pertenencia de Alonso, y éste, sin presentarse en concurso y sin consentimiento y acuerdo de sus acreedores, hubiese llevado á la práctica, con el fin de burlar su derecho, la por dicha sentencia recurrida supuesta simulación de contrato, teniendo por objeto al hacerlo el evadir el pago á aquéllos, para poderse apreciar en definitiva tal fraudulencia ó nulidad, por falsedad ó simulación del enunciado contrato, se hacía preciso que el demandado la hubiera pretendido dentro del período de la contención del juicio en primera instancia, haciéndola objeto de la súplica de su contestación, circunstancia que no concurre:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á que se admita dicho segundo motivo del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que el demandado, lo mismo en su escrito de contestación que en el de dúplica, y más claramente en el último, alegó la simulación del contrato de compraventa de las reses vacunas, en cuyo título fundó el recurrente la acción de dominio ejercitada en los autos, por donde al declarar la Sala la inexistencia de dicho contrato, es notorio que no incurre en el defecto de incongruencia que le atribuye el motivo segundo del recurso, el cual, en su consecuencia, es inadmisible por lo que toca á este fundamento, conforme al núm. 8.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. Severo Rodríguez Melendro respecto al segundo de los motivos alegados para fundarle; se admite en cuanto á sus demás motivos el enunciado recurso; téngase presente en definitiva lo pedido en el otrosí de su dictamen por el Ministerio fiscal; publíquese este auto según previene la ley; y expedidas que sean las copias necesarias para que tenga efecto la expresada publicación, dése cuenta.

Madrid 28 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 31.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Enero, pub. el 11 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con la Sociedad Azucarera Larios y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no cabe admitir que lo prescrito en el art. 3.º de la ley de 19 de Septiembre de 1896, se halle subordinado al otorgamiento de la prórroga, porque no se hace directa ni indirectamente indicación alguna relativa á la misma, ni á la condición que para obtenerla impone á las Compañías el art. 1.º, siendo indudable que, según la frase textual consignada en el 3.º, sin exceder el plazo de concesión señalado á sus líneas, *no se establece diferencia entre el fijado en la concesión de cada línea y el que pueda fijarse si se otorga la prórroga, pudiendo las Empresas y sus acreedores, en uno y otro caso, celebrar convenios dentro del período que abarque el plazo de la concesión; porque además el concierto especial de que habla dicho artículo 3.º y el procedimiento marcado para conseguir la aprobación, pueden tener lugar, así obtenida como no obtenida la prórroga, lo cual demuestra que la eficacia de aquel precepto legal no depende de que se cumpla lo ordenado en el art. 1.º; y, finalmente, porque si era justo que por las Compañías se remunerase ó compensase el beneficio que reportarían por la prórroga del usufructo de las líneas, conforme dispone el art. 1.º, esta razón no milita en el caso 3.º, en el que no existe cambio de servicios y concesiones entre el Estado y las Empresas, y sólo se trata de regular equitativamente, en bien de todos, deudores y acreedores, el ejercicio de sus derechos privados y puramente civiles:*

Que atendidos los términos en que está redactado el art. 3.º, es evidente que el procedimiento por él establecido no puede aplicarse sino á los convenios especiales que las Compañías celebren con sus obligacionistas y que tengan por objeto exclusivo la sustitución por otros de los títulos actualmente emitidos ó la introducción de modificaciones ó aplazamientos en los cuadros de amortización; de manera que, á no ser para estos objetos, taxativamente expresados, no pueden las Empresas de ferrocarriles ampararse en las disposiciones del citado artículo, prescindiendo de los trámites y formalidades del procedimiento que rige en los demás casos, y que es la garantía de los derechos de otros acreedores privilegiados y comunes.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Enero de 1899, en los autos sobre convenio de la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces con sus acreedores, hoy incidente de nulidad de actuaciones, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta misma corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por la Sociedad industrial denominada Azucarera Larios, domiciliada en Málaga,

y por Doña María de la Concepción Gómez de Cádiz y Fernández de Guevara, dedicada á las labores propias de su sexo; Doña Josefa Disdier y Escobedo, propietaria, y D. Enrique Crooke y Manescau, comerciante, los tres vecinos de dicha ciudad; á cuyas pretensiones se adhirió en la segunda instancia D. Raúl Ignazi, vecino de París, con la mencionada Compañía de los Ferrocarriles Andaluces, domiciliada en esta corte; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por dicha Compañía ferroviaria, dirigida por el Licenciado D. Francisco Silvela y representada por el Procurador D. Luis Lumbreras; habiéndolo estado La Azucarera Larios por el Licenciado D. Constantino Careaga, y en el acto de la vista el Letrado D. Nicolás Salmerón, y por el Procurador D. José María Cordón; D. Raúl Ignazi, por el Licenciado D. Juan Rossell y el Procurador D. José Arana y Morayta; sin que hayan comparecido en este Tribunal Supremo los otros recurridos, Doña María de la Concepcion Gómez de Cádiz, Doña Josefa Disdier y D. Enrique Crooke:

Resultando que la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces cerró su balance de 15 de Diciembre de 1896 con una diferencia del activo sobre el pasivo de 783.629 pesetas 61 céntimos, que se decía quedaban como fondo de previsión especial para hacer frente á las eventualidades del cambio y á otras; haciendo observar por nota, que los pagos á efectuar por suministros pedidos pendientes de entrega y por cupones y reembolsos vencidos y atrasados, ascendentes éstos, según la suma de una partida detallada del pasivo, á 1.933.045 pesetas 5 céntimos, llevaban consigo una pérdida por razón del cambio, que absorbía una gran parte de las 783.029 pesetas 61 céntimos, resultantes como saldo en la cuenta de ganancias y pérdidas; y que por otra parte, dicha suma no constituía un activo disponible, y su destino se indicaría una vez cerradas las cuentas del ejercicio de 1896:

Resultando que en junta general extraordinaria de accionistas, celebrada en 28 de Diciembre de 1896, á la que por derecho propio ó en representación de derecho concurrieron 69 accionistas, que representaban 22.664 acciones, ó fuese más de la cuarta parte del capital social, representado por 60.000 acciones, necesaria, conforme al art. 34 de los estatutos, para que la junta general pudiese deliberar y acordar válidamente, se dió lectura de un proyecto de convenio, en el que, después de detallar cuál era el pasivo de la Compañía respecto á terceros, según el referido balance de 15 de aquel mes, se expuso que la Compañía, con motivo de la elevación persistente del cambio, se hallaba en la imposibilidad de pagar momentáneamente á los tenedores de las obligaciones antes mencionadas en la clase de moneda estipulada respecto de la casi totalidad de ella; se formularon las proposiciones de aplazar la amortización de todas las obligaciones, efectuar en pesetas el pago de intereses pactado en francos, establecer sin plazo fijo un orden de amortización de obligaciones distinto del existente, y autorizar al Consejo de administración para tomar á préstamo hasta 20 millones de pesetas, representados en títulos de á 500 y amortizables con preferencia á todos los que tenía emitidos; proyecto que la junta general de accionistras aprobó por unanimidad, así como el referido balance:

Resultando que la Compañía solicitó del Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta corte, en escrito de 11 de Enero de 1897, que el texto del convenio y balance citados se publicara en los periódicos oficiales de Madrid, Barcelona, Sevilla, París, Londres y Bruselas, con edicto convocando á los acreedores de la Compañía, por cualquier título, para que en el término de tres meses, á contar desde la pu-

blicación del último anuncio, se presentasen á formalizar su adhesión ó su oposición, conforme á lo prescrito en el art. 12 de la ley de 12 de Noviembre de 1869, exponiendo para ello, entre otras cosas ya relacionadas: que el art. 3.° de la ley de 19 de Septiembre de 1896 autorizó á la Compañía ferroviaria para que, sin necesidad de constituirse en suspensión de pagos, ni depositar, por tanto, los sobrantes de sus ingresos, pudiera presentar al Juzgado el proyecto de modificación ó convenio que en junta general hubiesen acordado someter á la aceptación de sus acreedores, solicitando al par el llamamiento que en este escrito pretendía ella, presentación y solicitud que produciría los efectos que para la declaración de suspensión de pagos determinaba el núm. 1.° del art. 934 del Código de Comercio; que en el caso actual no necesitaba la Compañía invocar el artículo para esos efectos, pues no tenía contra sí acción alguna ejecutiva ni procedimiento alguno de apremio, y se trataba únicamente de medidas prudentes de precaución, motivada por las situaciones difíciles que creaba para el servicio de las obligaciones que habían de satisfacerse en el extranjero, el alza persistente de los cambios y la crisis general de las industrias de transportes, y de acuerdos que habían sido adoptados por unanimidad y asentimiento completo de todos los accionistas, convencidos de la necesidad de imponerse con anticipación sacrificios que evitasen daños y catástrofes para todos, y que, cumplida la formalidad puramente externa de esa aprobación de los accionistas, como en nada afectaba á los derechos de los acreedores ni de los tenedores de obligaciones mientras no se reuniesen las adhesiones que habían de dar valor á la nueva propuesta, y las cuales habían de formalizar oportunamente, con arreglo á lo prescrito en el art. 12 de la ley de 12 de Noviembre de 1869, con las modificaciones de forma de la ley de 19 de Septiembre de 1896, acudía al Juzgado para que ordenase el llamamiento de dichos acreedores:

Resultando que mandados publicar y publicados en la forma que se solicitaba los edictos, se recibieron en las oficinas de la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces y quedaron en ella á disposición del Juzgado, según certificación expedida por dos de los Consejeros de Administración de la misma en 29 de Mayo de 1897, adhesiones legalizadas de tenedores de obligaciones de la Compañía y de otro crédito, por un total general de 127.173.457 pesetas y 8 céntimos:

Resultando que en 14 del mismo mes de Mayo de 1897, la Sociedad Azucarera Larios, tenedora de obligaciones de la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces, dedujo demanda, promoviendo incidente de previo y especial pronunciamiento, á la que el día 17 se adhirieron en igual concepto Doña María de la Concepción Gómez de Cádiz, Doña Josefa Disdier y D. Enrique Crooke, y en que se pidió se declarase la nulidad de todas las diligencias practicadas en el referido expediente desde el primer escrito, con imposición de todas las costas causadas en lo principal y de las causadas y que se causaren en este incidente; alegándose al efecto, entre otras cosas, que por la ley de 19 de Septiembre de 1896, llamada de prórroga de concesiones á las Compañías de ferrocarriles, fué autorizado el Gobierno para contratar con las mismas, junta ó separadamente, un empréstito de cuantía y condiciones en ella determinadas, á cambio de cuya operación de crédito serían concedidos á las Empresas el beneficio de la prórroga y la excepción de determinados impuestos, señalándose en su art. 3.° un procedimiento especial para que las Compañías, sin necesidad de constituirse para ello en suspensión de pagos, convinieran con sus acreedores, con la sanción judicial, los pagos de amortización y la sustitución de títulos á que dicha prórroga había de

dar lugar forzosamente; que el contrato de empréstito y consiguiente prórroga para que fué autorizado el Gobierno por dicha ley no se habían llevado todavía á término, por lo cual tampoco se había podido aplicar á las Compañías ninguno de los privilegios emanados de la misma, de que habrían gozado en otro caso, y que actualmente se hallaban, por tanto, en suspenso; que encontrándose la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces en situación económica difícil, trató de venir con sus acreedores á un convenio que le permitiese desahogar su marcha, y que, en breves términos, se reducía á que se abonaran en pesetas los intereses que se venían pagando en francos, según lo pactado con la mayor parte de sus obligacionistas; á ampliar su pasivo en 20 millones, y á que esta nueva deuda se amortizase con determinada prelación á las obligaciones hipotecarias hasta hoy constituídas; que era evidente que para la realización de estos propósitos la Compañía no podía emprender otro camino que el trazado para el caso en la sección 8.ª, tít. 2.º, libro 4.º del Código de Comercio y en la parte no derogada de la ley de 12 de Noviembre de 1869; pero no conviniéndole el procedimiento allí establecido, que suponía la necesidad de la previa declaración de suspensión de pagos, había acudido al Juzgado invocando el procedimiento excepcional que la ley de 19 de Septiembre de 1896 establece en su art. 3.º para casos diferentes, y solicitando la tramitación, con arreglo al mismo, de las diligencias de aprobación del convenio propuesto, haciendo en todo ello supuesto de ser la citada ley de observancia general, y sin demostrar, como era de rigor, su aplicación al caso presente; y el Juzgado había admitido y tramitado la pretensión presentada en tal forma:

Resultando que la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces impugnó la demanda, pidiendo se desestimara el incidente, declarando que la ley de 19 de Septiembre de 1896, en su art. 3.º, se hallaba vigente, y no estaba sujeta á condición alguna suspensiva, y su precepto era de forzosa aplicación para tramitar los convenios que las Compañías de ferrocarriles presentaran á sus acreedores para alterar ó modificar, dentro del período legal de sus concesiones, el servicio de sus préstamos y el pago de sus obligaciones; exponiendo para ello: que por las causas que tenía indicadas, había tenido que presentar el convenio que obraba en autos, ajustándose, en cuanto al procedimiento, al que consideraba como vigente y era al mismo tiempo el que menos perjuicios ocasionaba á los acreedores en general, al establecido en el Código de Comercio, en su sección 8.ª del tít. 2.º, libro 4.º, con las modificaciones recientemente introducidas por la ley de 19 de Septiembre de 1896; que respecto de ello había consultado con jurisconsultos de reputación en el foro, que opinaron estaba vigente la citada ley y debía observarse y cumplirse cuanto ordenaba en su art: 3.º, por haber modificado los preceptos de la de 12 de Noviembre de 1869 y los artículos del Código de Comercio relacionados con el asunto, si bien era claro que sobre esos dictámenes estarían los fallos de los Tribunales, que decidirían cuál procedimiento era el aplicable; que se comprendía que los políticos hubiesen podido creer de buena fe que la ley de 19 de Septiembre del 96 era efectivamente un mero contrato *do ut des* ó *facio ut des*, mediante el cual, si las Compañías contribuían al empréstito, se les concedían las ventajas consignadas en la ley, y si no, no se les concedía nada, ni tenía eficacia dicha ley, cuya finalidad única era para esos espíritus superficiales realizar el empréstito de 1.000 millones de pesetas; pero examinando la cuestión con algún detenimiento, á nadie se le podía ocultar que si el objetivo del empréstito era indudablemente uno y de los más importantes de la ley, no era, sin embargo, el único; por lo cual, una vez que había sido san-

cionada y promulgada, esos objetivos y finalidad suyos, aunque menos importantes que el primero, tenían su eficacia, y era preciso atenerse á ellos y cumplirlos, puesto que no había en la misma ley ningún precepto que relevase, ni á las partes ni á los Tribunales, de la obligación general de atenerse á los preceptos legislativos publicados en la *Gaceta*, bastando para convencerse de esa verdad recordar, primero, los antecedentes de la ley, y leer después sus terminantes prescripciones, pues nadie ignoraba que la ley de 12 de Noviembre de 1869 presentaba en la práctica graves dificultades, que la elevación de los cambios hizo más patentes, por tener las Empresas que recaudar sus productos en una moneda despreciada y que pagar los intereses y gran parte del material en moneda de oro, y con repetición se acudió á las Cortes, proponiendo en diversas formas las modificaciones del procedimiento, hasta que se llegó al proyecto de ley de 3 de Julio de 1896, en el que se contenían dos partes esencialmente diversas, una la de los auxilios á las Empresas por medio de prórroga de sus concesiones, y otra la de modificación de la legislación relativa á los convenios, con la que se tendía, no á auxiliar á las Compañías, sino á facilitar los procedimientos en pro de los intereses de acreedores y deudores, y más principalmente de los de aquellos que representaban nuestro crédito industrial en el extranjero y en el país; que al dictamen dado por la Comisión del Senado sobre esa ley se adicionó la enmienda llamada de Montero Ríos, cuyo objeto fué que aquella concesión de la prórroga, que había alarmado á la opinión pública por parecer demasiado onerosa, produjera una compensación favorable á los intereses del Tesoro, tuviera, por decirlo así, un precio, y por eso se subordinó la prórroga comprendida en el proyecto al concurso que las Compañías debían prestar á la operación de crédito de 1.000 millones de pesetas efectivas, y se autorizó al Gobierno para concertar convenios sobre esas prórrogas, en conjunto ó separadamente, con las Empresas; pero se mantuvo en el proyecto y en la ley, con separación de esa parte que podría llamarse contractual, la relativa á la reforma de la ley de 12 de Noviembre de 1869 y del Código mercantil, que tenía un carácter esencialmente distinto, comprendiendo intereses que afectaban á los derechos de la propiedad particular, á las garantías de los procedimientos para los créditos y capitales; no pudiendo ser de otra manera, pues se comprendía que el Estado, dueño del dominio directo de los ferrocarriles, tratara con el dueño del usufructo sobre prórroga de sus contratos y beneficios en la explotación, y que se subordinaran esas estipulaciones á la celebración de un empréstito, que de este modo representara la condición y el precio de lo otorgado ó prometido; pero que derechos civiles, garantías adjetivas que se incluían en una ley en el supuesto de que mejoraban y perfeccionaban el derecho mercantil vigente en España, se hubiesen de subordinar á que un Sindicato de banqueros auxiliara con más ó menos largueza al Tesoro público, eso sería completamente extraordinario é inaudito, y exigiría que hubiese en la ley un precepto terminante que así lo consignara; que el principio general de derecho era, según el Código civil, que las leyes regían á los veinte días de su publicación, y para que ese principio sufriera excepciones era indispensable que fuesen expresas y terminantes, y esas no se encontraban ni se podrían citar, ni en los antecedentes de la ley, ni, sobre todo, en su texto; desapareciendo toda sombra de duda al hacer el análisis de la ley de 19 de Septiembre de 1896, pues se veía que su art. 3.º contenía preceptos separados é independientes de la misma ley, que era la prórroga, separación que se notaba al leer las palabras con que empezaba dicho artículo, pues sus preceptos habían de aplicarse á las Compañías en gene-

ral, «sin exceder el plazo de concesión á las líneas», ó lo que era lo mismo, que con su actual duración, y con los plazos de explotación vigente, podían las Empresas hacer lo que la ley les autorizaba sin esperar á la eficacia de los primeros artículos de dicha ley, lo cual demostraba que, con prórroga ó sin ella, con empréstito ó sin él, era intolerable el procedimiento de la ley de 1869, que además de no consentir acuerdo alguno entre las Empresas y sus acreedores sino mediante la ruina de la suspensión de pagos, privaba á los tenedores de obligaciones de la posesión y disfrute de sus títulos en los momentos mismos en que era más necesario disponer de esos valores para negociarlos en la forma aconsejada por su interés particular; injusticia y agravio que desaparecían con la ley actual, por el estampillado con que permitía dar las adhesiones al convenio, conservando los títulos el portador sin estorbo para su negociación; bastando comparar lo que manda la ley de 1869 y lo que se disponía ahora, para que se comprendiera que la vigente no atribuía ventajas solamente á las Empresas, sino que las concedia mayores á los acreedores; que ningún interés existía en suspender los efectos del citado art. 3.°, cuando eran tan evidentes sus ventajas y era obligatorio desde los veinte días siguientes á su promulgación, sin que ningún Tribunal pudiera negarse á aplicar las reglas de procedimiento que contenía, ni rechazar la referencia que hacía al art. 934 del Código de Comercio; que la ley de 19 de Septiembre de 1896 afectaba á tres puntos ó temas tan independientes entre sí, que bien hubieran podido ser objeto de tres leyes diversas, á saber: primero, la prórroga de las concesiones; segundo, los convenios entre las Empresas y sus acreedores; y tercero, la protección á la industria siderúrgica; independencia demostrada por el art. 5.°, que tenía vida propia, muy parecido al art. 3.°, y del que era una dependencia inmediata la ley de 24 de Septiembre, que nadie se atrevería á suponer suspendida en sus efectos; ocurriendo lo mismo al art. 3.°, que, como aquél, también tenía vida propia é independiente de la prórroga de la concesión; y que de todo lo expuesto se deducía que la ley de 19 de Septiembre de 1896 estaba vigente, y cuanto disponía su art. 3.° debía observarse y cumplirse:

Resultando que el Juzgado, en sentencia de 1.° de Julio de 1897, declaró válidas y subsistentes las diligencias practicadas por no haber lugar á declarar su nulidad, mandando que luego que fuese firme tal resolución se alzase la suspensión del procedimiento antes acordada; y admitida en ambos efectos á los demandantes la apelación que interpusieron, y tramitada la segunda instancia, durante la cual compareció en los autos, en igual concepto que aquéllos y como coadyuvante, D. Raúl Ignazi, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia revocatoria de 13 de Diciembre de 1897, declaró nulas y sin ningún valor ni efecto las diligencias practicadas en estos autos desde el primer escrito que en ellos se presentó, por no ser aplicable al presente caso la ley de 19 de Septiembre de 1896; sin hacer especial condenación de las costas de ninguna de ambas instancias:

Resultando que la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces interpuso recurso de casación por infracción de ley, diciendo fundarlo en los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, y alegando los motivos siguientes:

Primero. Infracción del art. 3.° de la ley de 19 de Septiembre de 1896, en cuanto la sentencia recurrida declara nulas las actuaciones que expresamente autoriza ese artículo, y que se han promovido con arreglo á él, y en cuanto supone que no pueden las Compañías, sin declararse

en suspensión de pagos, proponer á sus acreedores convenios, y que no se debe tener en cuenta esa ley ni utilizar otros preceptos para el convenio presentado que los artículos del Código de Comercio y la ley de 12 de Noviembre de 1869, siendo así que ese art. 3.º de la ley de 19 de Septiembre no contiene ninguna condición suspensiva ni resolutoria que impida la aplicación inmediata de sus preceptos, encaminados á dar á las Compañías ferroviarias, que pudieran evitar el declararse ellas ó ser declaradas por acción judicial en suspensión de pagos, los medios y procedimientos más fáciles para llegar á un convenio con toda la fuerza de obligar que el Código de Comercio concede á los que en él se regulan; consignando dicho art. 3.º de la ley, en sus párrafos 1.º, 2.º y 3.º, un derecho nuevo ó adicional á la suspensión de pagos, que el Código de Comercio establece como único y necesario preliminar de los convenios, derecho utilizado por la Compañía recurrente:

Segundo. Infracción del art. 1.º de la misma ley de 19 de Septiembre de 1869, por aplicación indebida, pues la autorización que en él se contiene para que el Gobierno pueda otorgar á las Compañías de ferrocarriles prórroga del término de sus concesiones, se subordinó á la operación de crédito que por valor de 1.000 millones de pesetas había de concertarse; pero no se subordinaron á tal condición ninguna de las demás disposiciones de la ley, ni la relativa á la modificación del procedimiento para los convenios, ni los beneficios en el pago de los impuestos á que se refiere el párrafo 5.º del art. 3.º, ni el art. 4.º, ni la protección á la industria siderúrgica; y la Sala sentenciadora extiende la condición del art. 1.º á los demás, suponiendo que las modificaciones y adiciones introducidas en los procedimientos civiles han sido parte de las concesiones ofrecidas á las Empresas, y que éstas habían de obtener mediante el precio del empréstito, cuando la realidad y el texto del referido art. 1.º concretan la condición resolutoria á las prórrogas, materia propia de tal linaje de conciertos entre el Tesoro y los concesionarios de obras públicas; pero no la extienden á las alteraciones en el sistema de enjuiciar que se propusieron y votaron y sancionaron en la ley, porque se estimó que mejoraban en justicia y equidad los procedimientos vigentes, y mejorándolos, era útil y justo elevar esa reforma á la ley; sin que aparezca ni en el espíritu ni en la letra de ese documento legal la menor indicación de que en las leyes para proceder en los juicios civiles en España dependan, para ser declaradas en vigor, del concierto de operaciones financieras:

Tercero. Infracción del mismo art. 3.º de la ley de 19 de Septiembre de 1896, en el concepto de que los procedimientos que en él se establecen se refieren tan sólo á las variaciones de los cuadros de amortizaciones que habían de producir las concesiones de prórrogas; de donde deduce la Sala sentenciadora que no habiendo prórrogas, es lógico que no tenga que aplicarse el procedimiento; siendo así que el art. 3.º trata de todos los convenios, sin limitación, que las Compañías quieran someter á sus acreedores y ellos acepten con arreglo á las leyes y con los cómputos de mayoría en ellas establecidos para garantir los derechos de todos, y es una infracción de ese artículo entender otra cosa, como ha entendido la Sala sentenciadora; no limitándose su error á mera equivocación de razonamiento, sino llevando su consecuencia al fallo, puesto que niega la aplicación del procedimiento de la nueva ley, porque supone que ésta se limita al caso de prórroga, y su texto y su sentido claro evidencian que se quiso comprender en los beneficios y mayores amplitudes del nuevo procedimiento, lo mismo los convenios que se refiriesen á las prórrogas que los que se encerraran en el límite de las concesiones actuales y com-

prendieran cualquiera otra modificación de las relaciones jurídicas entre las Compañías y sus acreedores por cualquier concepto:

Cuarto. Infracción del art. 1.º del Código civil, según el cual, las leyes obligan en la Península á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiese otra cosa, porque la ley de 19 de Septiembre, en cuanto abre un procedimiento nuevo para llegar á los convenios con los acreedores de las Compañías de ferrocarriles sin suspensión de pagos, es obligatoria y no contiene disposición alguna que la constituya en excepción de la regla general del mencionado art. 1.º del Código; y

Quinto. Error de hecho y de derecho, en el que parece que ha incurrido la Sala sentenciadora, aun cuando no lo expresa de un modo enteramente claro y terminante, suponiendo que la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces se ha declarado ella en suspensión de pagos; error que resulta de los escritos presentados por la misma Compañía, especialmente el de 11 de Enero de 1897, en el que formuló su solicitud al Juzgado, y en el que se dijo que, *sin necesidad de constituirse en suspensión de pagos,* proponía el convenio, y si bien ha consignado, como es verdad, que el estado de los cambios y otras causas la hacían difícil y quizá la imposibilitaran satisfacer sus obligaciones tal como están contratadas, esas eran, y son, las razones que justifican su propósito; pero no se pueden confundir con la resolución de presentarse en suspensión de pagos, cuando expresó en ese escrito, por el contrario, su deseo de evitar ese extremo, y cuando afirmó, como así es cierto, «que no tenía contra sí acción alguna ejecutiva ni procedimiento alguno de apremio, y se trataba únicamente de medidas prudentes de precaución, motivadas por el alza de los cambios y la crisis general de la industria»; no siendo tampoco este error meramente de razonamiento, sino que lleva á la Sala sentenciadora, á lo que parece, á declarar que habiéndose declarado en suspensión de pagos, corresponde aplicar el Código de Comercio y la ley de 12 de Noviembre de 1869.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que respecto de la cuestión que ha sido objeto del incidente promovido y lo es hoy del recurso, se ha sostenido por la Compañía recurrente que para la aprobación del convenio propuesto por ella á sus acredores debe aplicarse el procedimiento ordenado en el art. 3.º de la ley de 19 de Septiembre de 1896, sustentándose en cambio, al impugnar el recurso, por los obligacionistas que se han personado en los autos, la tesis de que dicho precepto legal está en suspenso y no puede tener eficacia hasta que se otorgue á las Empresas ferroviarias la prórroga de sus respectivas concesiones que autoriza el art. 1.º de la misma ley, como entiende la Sala sentenciadora, y de que, en último término, á la aplicación del nuevo procedimiento para la aprobación del convenio propuesto se opone abiertamente la extensión ó alcance de éste, que traspasa los límites de los conciertos á que se refiere el citado art. 3.º:

Considerando que no cabe admitir que lo prescrito en este artículo se halle subordinado al otorgamiento de la prórroga, porque no se hace directa ni indirectamente indicación alguna relativa á la misma, ni á la condición que para obtenerla impone á las Compañías el art. 1.º, siendo indudable que, según la frase textual consignada en el 3.º, *sin exceder el plazo de concesión señalado á sus líneas,* no se establece diferencia entre el fijado en la concesión de cada línea y el que pueda fijarse si se otorga la prórroga, pudiendo las Empresas y sus acreedores, en uno y otro caso, celebrar convenios dentro del período que abarque el plazo de la concesión; porque además el concierto especial de que habla dicho artículo 3.º y el procedimiento marcado para conseguir la aprobación, pue-

den tener lugar así obtenida como no obtenida la prórroga, lo cual demuestra que la eficacia de aquel precepto legal no depende de que se cumpla lo ordenado en el art. 1.°; y, finalmente, porque si era justo que por las Compañías se remunerase ó compensase el beneficio que reportarían por la prórroga del usufructo de las líneas, conforme dispone el art. 1.°, esta razón no milita en el caso del 3.°, en el que no existe cambio de servicios y concesiones entre el Estado y las Empresas, y sólo se trata de regular equitativamente, en bien de todos, deudores y acreedores, el ejercicio de sus derechos privados y puramente civiles:

Considerando que, atendidos los términos en que está redactado el art. 3.°, es evidente que el procedimiento por él establecido no puede aplicarse sino á los convenios especiales que las Compañías celebren con sus obligacionistas y que tengan por objeto exclusivo la sustitucion por otros de los títulos actualmente emitidos ó la introducción de modificaciones ó aplazamiento en los cuadros de amortización; de manera que, á no ser para estos objetos, taxativamente expresados, no pueden las Empresas de ferrocarriles ampararse en las disposiciones del citado artículo, prescindiendo de los trámites y formalidades del procedimiento que rige en los demás casos, y que es la garantía de los derechos de otros acreedores privilegiados y comunes:

Considerando que del indicado convenio especial se diferencia notoria y esencialmente, por su alcance y por sus fines, el proyecto presentado por la Compañía recurrente, la cual, además de pedir en el escrito origen de las actuaciones que se convoque á sus acreedores por cualquier título, propone aplazar la amortización de todas sus obligaciones, verificar en pesetas el pago de intereses que debiera hacer en francos, establecer sin término fijo un nuevo orden de amortización de obligaciones, y que se la autorice para contratar un préstamo de 20 millones de pesetas, representados por títulos de 500, que serían amortizables con preferencia á los que tiene en la actualidad emitidos; negociación que es imposible realizar con arreglo al precepto legal que al efecto se invoca:

Considerando que en virtud de las anteriores razones, y aparte de que el recurso de casación no procede contra los fundamentos de la sentencia, no se han infringido en el presente caso los arts. 1.° y 3.° de la ley de 19 de Septiembre de 1896, citados en los tres primeros motivos; y

Considerando que tampoco son de estimar los motivos cuarto y quinto, porque la sentencia no desconoce la fuerza obligatoria de la mencionada ley, ni declara que haya suspendido sus pagos la Compañía recurrente, limitándose á reproducir en lo sustancial las manifestaciones consignadas por ella acerca de su situación financiera;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 28 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 32.—TRIBUNAL SUPREMO.—30 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Auto declarando no haber lugar á la admision del recurso interpuesto por D. Antonio Garcías contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Mallorca, en pleito con D. Juan Vidal.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que según el núm. 1.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, los autos que no ponen término al asunto principal, ni hacen imposible su continuación, no tienen el concepto de definitivos, por lo que, de conformidad con el núm. 1.º del art. 1729, son inadmisibles los recursos que contra los mismos se interpongan.

Resultando que en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Lonja de Palma de Mallorca se siguió y terminó por sentencia juicio de desahucio deducido, por D. Juan Vidal Sastre contra D. Antonio Garcías Vidal, é interpuesta apelación y estándose tramitando la alzada, promovió el último ante la Audiencia del territorio incidente de previo y especial pronunciamiento, solicitando se declarasen nulas y de ningún valor ni efecto las diligencias comprendidas desde el folio 89 de los autos principales y siguientes hasta el 135, y como consecuencia, nulas también y sin ningún valor la tramitación de dicha segunda instancia, ó en otro caso, se declarase la nulidad de las diligencias comprendidas desde el folio 16 hasta entonces del rollo tramitado en la Audiencia, y que de todos modos se impusieran las costas á D. Juan Vidal:

Resultando que tramitado en forma el incidente, la Sala de vacaciones de la referida Audiencia, en sentencia de 28 de Julio último, declaró no haber lugar á lo solicitado por Garcías en la demanda objeto del incidente, é imponiéndole las costas, desestimando también en otra sentencia de 16 de Agosto siguiente el recurso de súplica utilizado por el mismo D. Antonio Garcías Vidal:

Resultando que éste ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, autorizado por el núm. 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las siguientes infracciones:

Primera. La del principio de derecho *quod ab initio nullum est non potest tractu tempore convalescere:*

Segunda. La del art. 1593, y por consecuencia, la de los 1598, 1594 y 1592; y

Tercera. La del 1.º, como los anteriores, de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que al denegar la Sala sentenciadora en el auto recurrido la nulidad de las diligencias pretendidas por el recurrente en el incidente previo, no pone con ello término al asunto principal, ni hace imposible su continuación, por lo cual no tiene el concepto de definitivo, según el núm. 1.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, y es inadmisible el recurso, de conformidad al núm. 3.º del 1729;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación que ha interpuesto D. Antonio Garcías Vidal, sin hacer especial imposición de costas, por

no haber comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte; líbrese á la Audiencia territorial de Palma de Mallorca la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 30 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 33.—TRIBUNAL SUPREMO.—30 de Enero, pub. el 17 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. José Maciá contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña Mercedes Llavaneras y otros.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que según tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo, las resoluciones dictadas en incidentes sobre nulidad de actuaciones no tienen el carácter de definitivas en el sentido de la ley para los efectos de poder interponer contra ellas recursos de casación, puesto que tales incidentes hay que referirlos siempre á un asunto principal, y no son de los que le ponen término ni hacen imposible su continuación, sin que afecte á la naturaleza de los mismos la circunstancia de que la parte que lo promueve haya dejado de entablar los recursos ordinarios procedentes contra la sentencia dictada en aquél para suscitarle posteriormente, dados los términos absolutos del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su núm. 1.º.

Resultando que Doña Mercedes Llavaneras, como madre y legítima representante del menor D. Carlos Maciá Llavaneras, dedujo tercería de dominio ante el Juzgado de primera instancia de Vich con motivo de la ejecución seguida por Doña Dolores y D. Francisco Venero contra Don José Maciá Pujol; y habiéndose desestimado en 12 de Agosto de 1897 la aludida tercería, no se admitió en 21 al ejecutado Maciá la apelación que contra aquella sentencia interpuso, sin que se diera tampoco lugar á reponer este último auto ni á admitir la apelación que contra el mismo interpusieron, tanto el Maciá, como la Doña Mercedes Llavaneras:

Resultando que el primero de éstos promovió incidente de nulidad, solicitando la de todo lo actuado desde 21 de Agosto de 1897; y habiéndose tenido por interpuesto y conferídose traslado del mismo á las otras partes en providencia de 22 de Septiembre, pidieron los ejecutantes hermanos Venero se repusiera esta resolución, á lo cual declaró el Juzgado no haber lugar en auto de 8 de Octubre:

Resultando que en virtud de la apelación que los referidos Doña Dolores y D. Francisco Venero interpusieron de este último auto, la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de Barcelona, en sentencia de 21 de Marzo de 1898, revocó las resoluciones de 22 de Septiembre y 8 de Octubre de 1897, sin hacer especial imposición de costas; declaró no haber lugar al incidente de nulidad promovido por D. José de Maciá Pujol:

Resultando que éste ha interpuesto recurso de casación por infrac-

ción de ley, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto las siguientes infracciones:

Primera. La de la doctrina legal sentada por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 27 de Mayo de 1862, por su indebida aplicación, puesto que en el caso actual estaban agotados todos los recursos ordinarios que contra las resoluciones de Jueces establece la ley procesal; é infracción también del art. 742 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto el incidente que se entabló llevaba los dos requisitos que fija, y el 743 de la misma ley, que sólo autoriza á los Tribunales á repeler los incidentes que no se hallen en ninguno de los casos del antes citado artículo:

Segunda. La de los arts. 744 y 745 de la ley procesal, que manda que los incidentes que sirvan de obstáculo á la continuación del juicio y los que se refieran á nulidad de providencias se sustancien en la misma pieza de autos; y

Tercera. La del art. 398 de la referida ley procesal, en cuanto la sentencia recurrida estima ordinario el recurso que establece, siendo así que es extraordinario, estando el recurrente en su perfecto derecho de escoger entre los de esta última clase el más apropiado al caso:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que, según tiene repetidamente declarado este Supremo Tribunal, las resoluciones dictadas en incidentes sobre nulidad de actuaciones no tienen el carácter de definitivas en el sentido de la ley para los efectos de poder interponer contra ellas recursos de casación, puesto que tales incidentes hay que referirlos siempre á un asunto principal, y no son de los que le ponen término ni hacen imposible su continuación, sin que afecte á la naturaleza de los mismos la circunstancia de que la parte que lo promueve haya dejado de entablar los recursos ordinarios procedentes contra la sentencia dictada en aquél para suscitarle posteriormente, dados los términos absolutos del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su núm. 1.º:

Visto lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1629;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. José Maciá Pujol, sin hacer imposición de costas, por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte; líbrese á la Audiencia territorial de Barcelona la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 30 de Enero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=José María Barnuevo.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 34.—TRIBUNAL SUPREMO.—30 de Enero, pub. el 12 de Marzo.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Desahucio.*—Sentencia declarando haber lugar al recurso interpuesto por Doña María Plaja contra la pronunciada por el Juzgado de primera mera instancia del distrito de Figueras, en juicio con D. Isidro Blanchart.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo, el conocimiento de los juicios de desahucio de establecimientos mercantiles corresponde en todo caso á los Juzgados de primera instancia, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 1563 de la ley procesal:

Que sustanciándose la primera instancia de un juicio de aquella clase ante el Juez municipal, se comete la infracción de procedimiento á que se refiere el núm. 6.º del art. 1693 de la misma ley.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Enero de 1899, en el juicio de desahucio de parte de una casa, seguido en el Juzgado municipal de Figueras y en el de primera instancia de aquel partido por D. Isidro Blanchart Fillol, propietario, con Doña María Plaja Romaguera, bodegonera, ambos vecinos de dicha ciudad; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la demandada, dirigida por el Licenciado D. Federico Grases Vidal y representada por el Procurador D. Federico Grases Riera; no habiéndose personado en este Tribunal Supremo el recurrido:

Resultando que demandada ante el Juez municipal de Figueras por D. Isidro Blanchart, dueño de una casa sin número, sita en Camps dels Monjos ó Corominas, de aquel término, Doña María Plaja, que en la planta baja y patio de dicha casa, por las que satisface de alquiler 80 pesetas cada trimestre, tiene establecido un bodegón ó establecimiento de bebidas, por el cual paga 36 pesetas anuales de contribución al Tesoro para que por la causa segunda del art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil desalojara dicha parte de casa; comparecidas las partes ante dicho Juzgado para la celebración del juicio verbal correspondiente, y reproducida la demanda por el actor, la demandada propuso previamente cuestión de competencia de jurisdicción por declinatoria, por ser el único competente para conocer del juicio, con arreglo al núm. 1.º del artículo 1563 de la citada ley procesal, el Juez de primera instancia del partido:

Resultando que el Juez municipal, de conformidad con lo solicitado por el actor, declaró no haber lugar á resolver entonces dicha cuestión incidental; y tramitado el juicio en dos instancias, con práctica de prueba en ambas por las dos partes, que la suministraron de diferentes clases, el Juzgado de primera instancia de Figueras, por sentencia confirmatoria de 18 de Julio del año último, desestimó las excepciones alegadas por la demandada, entre ellas la de incompetencia de jurisdicción por declinatoria propuesta al Juez municipal, por ser el único competente, declaró haber lugar al desahucio, y condenó á dicha demandada á que dentro del término de quince días deje libre, vacía y expedita y á disposición del actor la planta baja y patio que ocupa en la casa sin número del territorio conocido por Camps dels Monjos, antes Corominas, de aquella ciudad, apercibiéndola de lanzamiento en otro caso, con imposición de todas las costas:

Resultando que con el depósito de 26 pesetas 67 céntimos interpuso Doña María Plaja recurso de casación por quebrantamiento de forma, diciendo fundarlo en la causa 6.ª de las enumeradas en el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por ser bien patente la incongruencia del Juez que había conocido de este juicio; pues tratándose de un establecimiento mercantil, era evidente que debía ser de observancia rigurosa, para determinar la competencia, el precepto del art. 1563 de la referida ley procesal en su párrafo primero, en cuanto, según él, quedaba reservado el conocimiento de tales desahucios á los Jueces de primera instancia que fueran competentes, conforme á la regla 13.ª del art. 63, y

sin que para terminar tal competencia pudiera tomarse como norma el precio del arrendamiento, fijado tan sólo para el caso de que se tratara del desahucio de una finca rústica, de lo que ciertamente no dejaba duda el orden gramatical de dicha prescripción, y especialmente lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Febrero de 1896.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que, según tiene declarado este Supremo Tribunal, el conocimiento de los juicios de desahucio de establecimientos mercantiles corresponde en todo caso á los Juzgados de primera instancia, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 1563 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que en el caso actual, habiéndose sustanciado el juicio de desahucio, interpuesto por D. Isidro Blanchart contra Doña María Plaja, en su primera instancia, ante el Juzgado municipal de Figueras, se ha cometido la infracción de procedimieuto á que se refiere el núm. 6.º del art. 1693 de dicha ley procesal;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña María Plaja Romaguera; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 18 de Julio del año último dictó el Juez de primera instancia de Figueras; declaramos nulo todo lo actuado en este juicio; y remítanse las actuaciones á dicho Juzgado á los efectos legales que correspondan, con la oportuna certificación, devolviéndose á la recurrente el depósito constituído; y no hacemos especial condenación de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 30 de Enero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 35.—TRIBUNAL SUPREMO.—31 de Enero, pub. el 18 de Febrero.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de cláusula testamentaria.*—Sentencia declarando haber lugar al recurso interpuesto por D. Rafael Santos Pérez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en pleito con Doña Dominga Leis.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que los arts. 830, 670 y 750 del Código civil, establecen la doctrina de que el testador no debe encomendar á otro la facultad de mejorar, dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios ó la designación de las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente, ni disponer cosa alguna en favor de persona incierta, á menos que resulte cierta por cualquier evento:

Que la cláusula en la que el testador establece la mejora del tercio en favor de aquel de sus nietos que, procediendo de una de sus hijas, nombrada en el testamento, case con *el consentimiento pa-*

terno para la casa petrucial, no se opone á los arts. 830 y 670 antes citados, porque inspirada en el espíritu ó en la razón filosófica del art. 831, que con el manifiesto propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta á los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado alguno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto á los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino á la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien á la par, para que su elección tenga eficacia, ha de contar necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta á su matrimonio, ya por lo que toca á su instalación en la llamada casa petrucial:

Que tampoco se opone la referida cláusula al art. 750, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en el caso referido es el evento á que alude dicho artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Enero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Corcubión y la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Doña Dominga Leis Moreira, autorizada por su marido D. Jose Novoa Castiñeira, contra D. Rafael Santos Pérez, en concepto de representante legal de sus hijos menores de edad Doña Josefa, Doña María, Doña Teresa, D. Antonio y Doña Dolores Santos Leis, y contra Don Andrés Urés, como marido de Doña Carmen Santos Leis, labradores todos, vecinos de la parroquia de Calo, sobre nulidad de una cláusula testamentaria; autos pendientes ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el demandado D. Rafael Santos Pérez, á quien representa el Procurador D. Lucio Alvarez y defiende el Licenciado D. Raimundo Fernández Villaverde; estándolo la Doña Dominga Leis por el Procurador D. José de Castro y Quesada y el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas:

Resultando que D. Benito Leis Avarellos, en su testamento de 13 de Octubre de 1894, expresó ser viudo de Doña Teresa Moreira, con la cual había tenido dos hijas, llamadas la una Doña Dominga, casada con Don José Novoa Castiñeira, y la otra Doña Manuela, que también contrajo matrimonio con D. Rafael Santos Pérez, y falleció dejando seis hijos, nombrados Doña Carmen, Doña Josefa, Doña María, Doña Teresa, Don Antonio y Doña Dolores, los que, en unión de su padre, vivían con el testador; disponiendo en el indicado testamento, por la cláusula 5.ª, que prefería en uno de los tercios de legítima, que el Código civil vigente destina á mejora de los hijos, al nieto ó nieta, hijos de la suya finada Doña Manuela é hijo político D. Rafael Santos Pérez, que por asentimiento y consentimiento de éste casase para la casa petrucial, sita en el lugar de Pasarela, de la parroquia de Calo, designando en primer lugar para pago de tal tercio de mejora la mencionada casa petrucial, con todas sus oficinas, entradas y salidas, corrales, estercoleras ó cañerías, caseta y alpendres unidos á dicha casa, horreo de curar maíz de siete pies por banda, era de trillar fruto, casa de la era y huerta de la misma, y cinco fincas más que describió; diciendo después que si lo consignado para pago excediere del valor del tercio de mejora, se computaría el exceso en la porción de legítima que le correspondiese en la

representación de su madre Doña Manuela, y si aun de esta última excediere, devolviese el sobrante á los demás herederos en metálico, según lo ordena el citado Código civil; y, por el contrario, si lo consignado no llegase á cubrir el tercio, lo que faltare á completarlo lo tomara el que resultase mejorado donde por suerte le cupiese de los bienes de la herencia del testador, á excepción de los que eligiese el legatario que más adelante expresaría; instituyó herederos únicos y universales á su hija Doña Dominga, *in capite*, y á los hijos de Doña Manuela *in stirpe;* y legó el tercio de libre disposición á su hijo político D. Rafael Santos Pérez, á quien nombró su albacea testamentario:

Resultando que Doña Dominga Leis Moreira, asistida de su marido D. José Novoa Castiñeira, en 27 de Mayo de 1896 formuló ante el Juzgado de primera instancia de Corcubión demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Rafael Santos Pérez, como representante legal de sus hijos menores de edad Doña Josefa, Doña María, Doña Teresa, D. Antonio y Doña Dolores Santos Leis, y contra Doña Carmen Santos Leis, casada con D. Andrés Urés, en solicitud de que se declarase legalmente prohibida, nula y de ningún valor ni efecto la cláusula 5.ª del testamento de D. Benito Leis, por la cual prefiere en el tercio de mejora al nieto ó nieta que, por asentimiento y consentimiento del D. Rafael Santos, se case para la casa petrucial, y se declarase asimismo que dicho tercio de mejora quedase refundido con el otro tercio de legítima, para dividir entre la demandante y los seis hijos de su hermana Doña Manuela; condenando, en consecuencia, á los demandados á respetar tales declaraciones, y en las costas; alegando al efecto sustancialmente, además de hacer mérito de la cláusula 5.ª, ya relacionada, del testamento del D. Benito Leis, que al fallecimiento de éste, ocurrido el 26 de Enero de 1895, empezaron la demandante y los demandados á practicar extrajudicialmente las operaciones de testamentaría; pero que al enterarse la Doña Dominga de la susodicha cláusula 5.ª, se abstuvo de continuarlas, con el propósito de entablar el oportuno pleito, toda vez que entendiera era nula, pues según el art. 830 del Código civil, la facultad de mejorar no puede encomendarse á otro:

Resultando que los demandados pidieron al contestar que se les absolviese de la demanda, é impusieron las costas á la actora, sosteniendo en su apoyo no aparecer ninguna de las cláusulas del testamento que se encomendase á D. Rafael Santos, ni á otro alguno, la facultad de mejorar á su arbitrio; invocando algunos fundamentos legales:

Resultando que las partes, en los escritos de réplica y dúplica, insistieron en cuanto tenían expuesto: y practicada en el período de prueba, á instancia de la demandante, la compulsa del testamento de D. Benito Leis, se siguió el pleito por los trámites de dos instancias, dictando la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, el 1.º de Junio de 1898, sentencia confirmatoria de la del Juzgado, por la que se declara legalmente prohibida, nula y de ningún valor ni eficacia la cláusula 5.ª del testamento de D. Benito Leis; y asimismo, que el tercio de mejora contenido en ella queda refundido en el otro tercio de legítima, para dividir entre la demandante y los seis hijos de su hermana Doña Manuela; condenando, en su consecuencia, á los demandados á respetar tales declaraciones; sin hacer expresa imposición de costas de ninguna instancia:

Resultando que D. Rafael Santos Pérez ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo haberse infringido en la sentencia recurrida:

Primero. Los arts. 670 y 830 del Código civil, por aplicación indebida, por cuanto al establecer D. Benito Leis la mejora de la cláusula 5.ª de su testamento, no dejó de ejercer ni delegó un acto propio suyo, ni encomendó á tercera persona la facultad de mejorar, pues sólo estableció una condición para determinar cuál de sus nietos había de ser el mejorado; por lo que afirmar que la citada cláusula equivale á conferir al padre la facultad de mejorar, sustituyéndose en la voluntad del testador, es violentar, no sólo los indicados preceptos, sino el sentido de las palabras del testador, y aun los sentimientos naturales y los más sagrados deberes; no siendo censurable que al instituirse la mejora en favor del nieto que case para la casa petrucial se diga lo haga con consentimiento de su padre, porque tal consentimiento lo exigen también las leyes, y además se halla muy en armonía con el fin moral que el testador se propuso, queriendo que el representante de la casa reuna circunstancias que enaltezcan dicha representación; demostrando que no se dejó al padre el derecho de mejorar el que desde el momento que un nieto de D. Benito Leis contrajera matrimonio para la casa petrucial debería hacerse la mejora, la que, por el contrario, desaparecía si ninguno llegara á casarse; demostrando también el art. 831 del mencionado Código que no es absoluta la prohibición de cometer á otro la facultad de mejorar, puesto que la establece en favor del padre de los mejorados:

Segundo. El art. 675 del mismo Código, que partiendo del respeto que se debe á la voluntad del testador, no quiere deje de cumplirse aun cuando su expresión sea dudosa, y manda categóricamente que se estudie para que se realice; por ser indudable fué la intención de D. Benito Leis conservar el prestigio en representación de la familia en uno de sus sucesores que, reuniendo mayor caudal de bienes, pudiera, por su posición, mantener el recuerdo de la casa y servir en el porvenir á sus hermanos; lo cual no sucedería anulando la cláusula en cuestión:

Tercero. El art. 750, párrafo 2.º, del citado cuerpo legal; porque al declarar D. Benito Leis que mejora al nieto que casase con asentimiento y consentimiento de su padre, ha dispuesto concretamente quién ha de ser el heredero; pues como dice la ley 10, tít. 3.º de la Partida 6.ª, para que una persona sea cierta, con relación al testador, basta con determinarla de modo que no haya lugar á duda acerca de la circunstancia del instituído y de la voluntad del testador; y

Cuarto. El art. 823, también del Código civil, y la doctrina de este Tribunal Supremo, de que la voluntad del testador es ley que debe respetarse en cuanto no se oponga á las prescripciones de la moral y del derecho, consignada en sentencias, entre otras, de 19 de Octubre de 1880, 21 de Enero del 87, 26 de Marzo del 88, 10 y 29 de Mayo y 4 de Octubre del 93 y 31 de Enero del 96; por cuanto D. Benito Leis hizo uso en la cláusula 5.ª de su testamento del derecho que le otorgaba dicho artículo, mejorando, como mejoró, á uno de sus descendientes en el tercio de la herencia, no faltando en lo más mínimo á las prescripciones de la moral ni á las del derecho, en el otorgamiento de la mejora, ni en la condición impuesta para la misma.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que los arts. 830, 670 y 750 del Código civil, en que se funda la Sala sentenciadora para declarar nula la cláusula 5.ª del testamento de D. Benito Leis, establecen la doctrina de que el testador no debe encomendar á otro la facultad de mejorar, dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios ó la designación de las porciones en que hayan de suceder los instituídos

nominalmente, ni disponer cosa alguna en favor de persona incierta, á menos que resulte cierta por cualquier evento:

Considerando que la cláusula mencionada, en la que se establece la mejora del tercio en favor de aquel de los nietos del testador que, procediendo de su difunta hija Doña Manuela, *case* con el consentimiento paterno *para la casa petrucial,* no se opone á los arts. 830 y 670 antes citados, porque inspirada en el espíritu ó en la razón filosófica del artículo 831, que con el manifiesto propósito de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna faculta á los cónyuges para pactar en las capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado alguno de ellos, pueda el viudo mejorar en los bienes del difunto á los hijos comunes, no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino á la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien á la par, para que su elección tenga eficacia, ha de contar necesariamente, según el sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que respecta á su matrimonio, ya por lo que toca á su instalación en la llamada casa petrucial:

Considerando que tampoco se opone la cláusula 5.ª al art. 750, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en el caso actual es el evento á que alude dicho artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas:

Considerando, por lo expuesto, que al declarar nula la Sala sentenciadora la cláusula 5.ª del testamento de D. Benito Leis, infringe los artículos citados del Código civil que se invocan en los motivos primero y tercero del recurso, por errónea interpretación de sus textos, y que estimadas estas infracciones, es innecesario ocuparse de las que se alegan en los motivos restantes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Rafael Santos Pérez; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 1.º de Junio de 1898 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=Ricardo Gullón. José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 31 de Enero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 36.—TRIBUNAL SUPREMO.—1.º de Febrero, pub. el 18.

Casación por infracción de ley.—*Preferente derecho á los bienes de una vinculación.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. P. L. contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de ..., en pleito con Doña V. D. y otros.

En sus considerandos se establece:

Que incumbe al actor la prueba de su derecho á los bienes de una vinculación, y no justificando, á juicio de la Sala sentenciadora, su parentesco con el fundador, se impone la absolución de la demanda.

En la villa y corte de Madrid, á 1.º de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia de... y la Sala de lo civil de la Audiencia de... por D. P. L. F., portero, contra Doña V. D. A. F., dedicada á las ocupaciones propias de su sexo, asistida de su marido D. L. de T., vecinos de...; los herederos de Doña L. F., cuyo paradero es ignorado, y el Abogado del Estado, sobre preferente derecho á los bienes de una vinculación; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el D. P. L., á quien representa el Procurador D. Francisco Quintín Fernández y defiende el Licenciado D. Luis Fernández de Heredia; habiéndolo sido D. V. D. A. F., por el Procurador D. José Arana y González y el Licenciado D. Carlos Martín Alvarez:

Resultando que en testamento otorgado en 14 de Septiembre de 1787, D. P. A. F., después de declarar que no tenía ascendientes ni descendientes, subrogó y agregó todo el remanente de sus bienes presentes y futuros á la casa ó vínculo de V..., que disfrutaba su sobrino D. P. A. F., residente entonces en Méjico, á quien llamó á la posesión de dichos bienes, así como á sus hijos y descendientes, en concepto de vinculados, pero con la condición de que si no cumplía otras que preceptuaba, se repartiese la herencia entre los hermanos y sobrinos carnales del testador residentes en la Península, á quienes asimismo pasarían los bienes de que se trataba si el D. P. A. no regresaba á España en el término de ocho días:

Resultando que D. P. A. F. falleció en 1789, y habiendo regresado á España D. P. A. F., se siguió, acerca de lo dispuesto en el testamento mencionado, un litigio, al que puso fin sentencia ejecutoria de 28 de Mayo de 1804, que declaró que con la residencia en España del hijo mayor de D. P. A. F. estaba cumplida la voluntad del testador, y se mandó en consecuencia se exigiese y fundara la vinculación ó agregación vincular del remanente de los bienes quedados por fallecimiento del testador al mayorazgo de V..., como así se hizo en escritura pública otorgada de oficio en 25 de Septiembre de aquel año 1804:

Resultando que publicados edictos en 1839 llamando á los que se creyeran con derecho á los bienes que constituían el mayorazgo de V... y sus agregaciones, se presentaron varios solicitantes, por lo que se siguió el oportuno juicio, en el cual, después de varios incidentes, la Sala de lo civil de la Audiencia de... dictó sentencia en 24 de Diciembre de 1884, declarando que la mitad de los bienes constitutivos del mayorazgo de V... y sus agregaciones correspondia como libre á Doña V. D. A. F., en concepto de heredera forzosa de su madre natural Doña M. de la S. F., con los frutos producidos y debido producir desde 15 de Octubre de 1839 en que falleció aquélla, última poseedora de la vinculación, y que la mitad restante correspondía á los herederos de Doña M. L. F., inmediata sucesora que fué de su hermana Doña M. de la S., con los frutos producidos desde el 3 de Agosto de 1843, en que falleció soltera, bajo disposición testamentaria, entendiéndose todo ello sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y con obligación de cumplir las cargas á que estuvieran afectos los bienes correspondientes á las expresadas mitades; cuyos herederos, y en su caso el Fiscal, podían deducir su derecho en la forma correspondiente; siendo desestimado el recurso de casación interpuesto contra la susodicha sentencia:

Resultando que en el período de ejecución de la sentencia expresada, D. P. L. F., con fecha 22 de Abril de 1889, formuló demanda ante el Juzgado de primera instancia de ..., solicitando: primero, que se declarase que tenía derecho preferente á los de Doña V. D. A. y Doña M. L. F. para pedir y obtener los bienes quedados al fallecimiento de D. P. A. y de D. P. A. F., que constituyen la dotación del mayorazgo de V....; segundo, que en el caso de considerarse necesario, se hiciere extensiva la declaración á la nulidad de los documentos con los que las demandadas justificaron su parentesco con aquéllos; y tercero, que se le adjudicasen los mencionados bienes, dictándose con tal fin los pronunciamientos oportunos:

Resultando que como fundamentos para apoyar sus pretensiones, alegó sustancialmente el D. P. L. F., á más de consignar lo que estimó oportuno de los hechos anteriormente relacionados: haber poseído Don P. A. F. los bienes de que se trata hasta la publicación de las leyes desvinculadoras, época en la cual debía entrar á poseerlos Doña M. de la S. F., mereciendo el concepto de inmediata sucesora, para los efectos de las indicadas leyes, Doña M. L. F., las cuales, así como su hermano D. J. A. F., fallecieron sin descendientes legítimos ni naturales, pues aun cuando aparecía de las partidas de nacimiento de Doña V. D. A. F. y de Doña J. M. de V. F. ser éstas hijas naturales respectivamente de Doña M. de la S. y de Doña M. L., tales partidas eran falsas, como lo acreditaban algunos de los documentos que presentaba con la demanda; descender el demandante en línea recta de los padres de D. P. A. F., siendo biznieto de un hermano del D. P. A.; y que por haber fallecido sin descendencia que tuviese el carácter de heredera forzosa los hijos del D. P. A., era el demandante el llamado en primer lugar al disfrute de los bienes vinculados; y citó entre los fundamentos legales varios preceptos de leyes desvinculadoras; la 11 de Toro, sobre derechos de los hijos que no merecen la consideración de naturales; las 5.ª, 8.ª y 9.ª del tít. 17, libro 10, de la Novísima Recopilación, y el principio que establece la nulidad de los documentos que contuvieren vicio de falsedad, concediendo acción para reclamarla á cuantas personas pudieran ser perjudicadas con ellos:

Resultando que con la demanda de que se acaba de hacer mérito, á más de varias partidas sacramentales y de un árbol genealógico, presentó D. P. L. F. testimonio de una información *ad perpetuam* practicada en el Juzgado de primera instancia de ... en Septiembre de 1887, con el fin de acreditar ser público y notorio en dicha ciudad que hacia los años 1829 á 1830 llegaron á ..., procedentes de Méjico, Doña M. de la S. y Doña M. L. F., viviendo en la compañía y bajo la protección de D. V. A. de V., casado entonces con Doña J. M., y del cual quedaron aquellas dos embarazadas; habiendo dado á luz Doña M. de la S. á fines de 1838 una niña, llamada V. D. A., hija del D. V. A., con cuya esposa aun vivía:

Resultando que Doña V. D. A. F. se opuso á las pretensiones de la demanda, con la solicitud de que se impusieran al actor silencio perpetuo y las costas; sosteniendo al efecto en lo sustancial: haber comparecido la Doña V. D. A. en los autos sobre adjudicación de los bienes vinculados como hija natural de Doña M. de la S., y nieta de D. P. A., con la solicitud de que se declarase que con el carácter de libres la pertenecía en plena propiedad y dominio, la mitad, por ser única y universal heredera de su madre, que había fallecido en ... el 15 de Octubre de 1839, y la otra mitad como inmediata sucesora en la vinculación, en cuyo pleito, á que puso fin la sentencia de 24 de Diciembre de 1884, de que ya

se ha hecho referencia, había sido parte D. J. V. F., á instancia del cual se había practicado la información producida con la demanda, y el que había sido derrotado en dicho pleito; y ser inexacto que fuese hija de D. V. A. de V., así como también lo era que D. P. L. F. fuese pariente más próximo que ella de D. P. A. F.; é impugnó los fundamentos legales invocados en contrario:

Resultando que declarados rebeldes los herederos de Doña M. L. F., á quienes se había citado por edictos, y presentado por la representación del Estado escrito, en el que manifestó abstenerse por entonces de contestar la demanda, sin perjuicio de ejercitar el derecho que creyera corresponderle en vista del resultado de las pruebas, se siguió la tramitación del pleito; y renunciado por la actora el traslado de réplica, se unieron á los autos en el período probatorio los documentos que las partes propusieron, entre ellos una partida sacramental, según la que Doña V. D. A., hija de M. D. F., soltera, vecina de ..., nació el 28 de Octubre de 1838, siendo sus abuelos maternos P. A. F. y G. O., habiendo sido bautizada en la parroquia de ...:

Resultando que seguido el pleito por los trámites de dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de ..., con fecha 30 de Enero de 1896, dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, por la que se absueve á Doña V. D. A. F., así como también á los herederos de Doña L. F. y representación del Estado, en cuanto á estos últimos afecte de la demanda interpuesta en autos por D. P. L. F., á quien se condenó á perpetuo silencio y en las costas de ambas instancias:

Resultando que D. P. L. F. ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.° y 7.° del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. La infracción del art. 2.° de la ley de 17 de Septiembre de 1820, restablecida por el Real decreto de 30 de Agosto de 1836, en relación con la ley 11 de Toro; precepto aplicable al caso de autos, en cuanto está relacionado con el axioma legal de que los hijos espurios, ó mejor dicho, los que no merecen la condición de naturales con arreglo á la mencionada ley 11 de Toro, no son herederos forzosos de sus padres, y mucho menos pueden suceder tratándose de bienes vinculados; y como quiera que se ha probado que los tres hijos de D. P. A. F., primer poseedor del mayorazgo, fallecieron sin herederos forzosos, pues únicamente Doña M. de la S. F. dejó una hija adulterina, llamada V. D. A. F., que no puede ostentar tal carácter, es claro que los bienes constitutivos del mayorazgo fundado por D. P. A. F. han debido adjudicarse á su más próximo pariente D. P. L.; y

Segundo. Error de hecho al apreciar la prueba que resulta de documento auténtico, que demuestra la equivocación evidente de la Sala sentenciadora al hacer la afirmación de que Doña V. D. A. F. es hija natural de Doña M. D. F., siendo así que de la certificación de la información testifical practicada para perpetua memoria en 31 de Agosto de 1887, adjuntada con la demanda, resulta que la Doña V. D. A. F. era hija adulterina de D. V. A. de V., casado con Doña J. M., y de Doña M. de la S. F.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña.

Considerando que la acción ejercitada en este pleito por el recurrente D. P. L. F. se funda en el supuesto de tener, conforme á las reglas de la sucesión vincular, un derecho preferente al de Doña V. D. F. y demás demandados á los bienes que constituyeron el mayorazgo de ... y sus agregados; á pesar de que por sentencia firme de 1884 se declaró pertenecer la mitad libre á la misma Doña V., en concepto de heredera

y única hija, aunque ilegítima, de su madre Doña S., á quien por la misma sentencia se tuvo por última poseedora del vínculo, y la otra mitad á los herederos de su hermana é inmediata sucesora Doña L. F.; de suerte que, incumbiendo al actor la prueba de su pretendido derecho y no habiendo siquiera probado su parentesco con el fundador á juicio de la Sala sentenciadora, es manifiesto que la absolución de la demanda se imponía por tal razón, y sea cual fuere el valor legal de los títulos invocados por los demandados para mantener sus derechos:

Considerando que no habiéndose impugnado por el recurrente esa apreciación de la prueba relativa á su parentesco con el fundador del vínculo, habría de subsistir el fallo absolutorio de la demanda en todo caso, aunque fueran ciertos los errores atribuídos á la Sala sentenciadora en los dos únicos motivos del presente recurso, por dirigirse ambos exclusivamente á impugnar la capacidad legal de Doña V. para ser heredera de su madre y sucederla en los bienes procedentes del mayorazgo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. P. L. F., á quien condenamos al pago de las costas, y si viniere á mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese á la Audiencia de ... la oportuna certificación, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, en la forma determinada en el párrafo segundo del art. 1793 de la ley de Enjuiciamiento civil, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 1.° de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 37.—TRIBUNAL SUPREMO.—1.° de Febrero, pub. el 18.

Casación por infracción de ley.—*Concurso voluntario de acreedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Juan Cividanes contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en pleito con D. Manuel Cividanes.

En sus considerandos se establece:

Que son improcedentes los motivos del recurso en que se hace supuesto de la cuestión contra la apreciación de la Sala sentenciadora:

Que del art. 1170 de la ley de Enjuiciamiento civil en que se faculta á cualquier acreedor legítimo para oponerse á la declaración de concurso, no se infiere que el derecho del acreedor esté subordinado á la importancia mayor ó menor de los bienes ocultados por el deudor en la relación que de todos ellos debe presentar.

En la villa y corte de Madrid, á 1.° de Febrero de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia de la Coruña y la Sala

de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Manuel Cividanes Prego, vecino de la parroquia de Mayanca, sobre oposición á la declaración de concurso voluntario de acreedores de D. Juan Cividanes Díaz, tejero, vecino de San Julián de Serantes, término municipal de Oleiros; incidente que pende ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el concursado, á quien representa el Procurador D. José María Cordón y Estecha y defiende el Letrado Don Acacio Charrín Tejero, sin que haya comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que el Juzgado de primera instancia de Coruña, por auto de 20 de Marzo de 1897, declaró en concurso voluntario de acreedores á D. Juan Cividanes Díaz, quien al solicitar aquella declaración, acompañó la relación de bienes y la de acreedores que preceptúa el art. 1157 de la ley de Enjuiciamiento civil, figurando en la última D. Manuel Cividanes Prego con un crédito de 350 pesetas:

Resultando que el acreedor Cividanes Prego impugnó la antedicha declaración de concurso, solicitando se dejase sin efecto el mencionado auto de 20 de Marzo, donde aquélla se hallaba contenida, por ser improcedente el juicio universal en las condiciones en que el deudor lo había promovido, y deduciendo á este fin la oportuna demanda incidental, fundada sustancialmente en los hechos siguientes: que en Marzo de 1892 promovió D. Juan Cividanes Díaz actuaciones sobre quita y espera, acompañando una relación de bienes y otra de acreedores, en el cual figuraban el demandante con 350 pesetas y Doña Juana Portela, mujer del deudor, con 1.750 pesetas; que reunidos los acreedores en junta con fecha 20 de Mayo de aquel año, se convino en que el deudor pagaría sus deudas dentro de seis, entregándoles el 20 por 100 á los dos años, y el resto, á razón de igual proporción, en cada uno de los cuatro siguientes; que no cumplió el deudor lo convenido, y porque dejó de pagar al demandante, le reclamó éste en vía ejecutiva las 350 pesetas, embargándole bienes que fueron tasados en 1.490 pesetas 22 céntimos; que las costas originadas en la ejecución importaron 1.133 pesetas y 39 céntimos, á cuya cifra será necesario agregar las que posteriormente se devenguen; que para burlar los efectos de la sentencia de remate y de la vía de apremio no halló reparo D. Juan Cividanes Díaz en presentarse en concurso voluntario, acompañando á la solicitud una relación de bienes que es diminuta, pues en ella hace caso omiso de una fábrica de moler maíz y trigo, de dos molinos, del horno de cocer teja y ladrillo, y de los ladrillos, tejas y ladrillones crudos y cocidos; que en cambio supone tener en contra del demandante y de su yerno Manuel Vieiro un crédito de 3.125 pesetas por perjuicios; que la relación de acreedores que el Cividanes Díaz acompaña á su solicitud de concurso es inexacta, pues desaparecen muchos de los comprendidos en la relación de 1892 y se comprenden á otros con las mismas cantidades, á excepción de Doña Juana Portela, mujer del deudor, á la cual se supone acreedora, no por 1.750 pesetas como antes, sino por 5.680; que en esa relación se incluye al demandante con sólo 350 pesetas, prescindiendo de las 1.133 con 39 céntimos de las costas y de los gastos posteriores; y que en su instancia solicitando la declaración del concurso, omite Juan Cividanes Díaz la cesión de todos sus bienes en favor de los acreedores:

Resultando que formada la oportuna pieza separada, se confirió traslado de la demanda al deudor D. Juan Cividanes Díaz, que la contestó, alegando sustancialmente: que habiendo satisfecho sus respectivos créditos á algunos acreedores, y habiendo sido ejecutado por otros, es natural que ya no se relacionen ni los acreedores pagados, ni los bienes

que les fueron adjudicados; que el crédito de su esposa Doña Juana Portela era mayor que antes, porque hubo necesidad de enajenar bienes de ella para amortizar deudas del demandado y atender al sostenimiento de su familia; que no ha ocultado bienes en la relación acompañada á la solicitud, presentándose en concurso, ni ha omitido acreedores; que los bienes y los acreedores que ha dejado de incluir en las respectivas relaciones ha sido debido á no pertenecerle aquéllos ni existir ya los créditos de éstos; que la maquinaria que hoy existe en un molino para moler grano, y á que se refiere la defensa de D. Manuel Cividanes Prego, es de D. Manel Rodríguez Yáñez, y hoy de D. Ramón Rivas, á quien éste se la vendió con el terreno en que el artefacto está situado; y después de exponer estos hechos y de aducir las consideraciones legales que estimó aplicables al caso, terminó suplicando que en su día se dictase sentencia, desestimando, con expresa imposición de costas á D. Manuel Cividanes Prego, la demanda incidental por él propuesta, y se resolviese no haber lugar á dejar sin efecto la declaración de concurso:

Resultando que recibido el incidente á prueba, se practicó, entre otras, á instancia del demandado, y en lo atinente á la cuestión de que hoy se trata, una compulsa, de la que resulta que á nombre de Jacobo Candal se presentó con fecha 11 de Mayo de 1891 demanda ejecutiva contra D. Juan Cividanes sobre pago de 830 pesetas; que por resultado de la misma se embargaron á éste, entre otras cosas, una máquina de vapor que habia adquirido de D. Jacobo Candal, dos piedras para molino Laferté, un aparato de hierro para amasar barro y otro para hacer ladrillos, cuya máquina, con su caldera para generar vapor, fué subastada en 7 de Enero de 1893 por el mismo acreedor, haciéndose cargo de la misma en 2 de Marzo siguiente:

Resultando que sustanciado el incidente por los trámites correspondientes á dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de la Coruña dictó en 8 de Julio último sentencia revocatoria de la del Juzgado, y declaró no haber lugar á la solicitud formulada á nombre de D. Juan Cividanes Díaz, pretendiendo la declaración de concurso voluntario de acreedores, y en su virtud, dejó sin efecto el auto de 20 de Marzo de 1897 en que se contiene aquella declaración, sin hacer especial condena de costas en ambas instancias:

Resultando que D. Juan Cividanes Díaz ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto las siguientes infracciones:

Primera. La de los arts. 1157 y 1160 de dicha ley, en cuanto la Sala sentenciadora supone que el recurrente no cumplió los requisitos que exige el primero de los artículos citados para la presentación en concurso voluntario de acreedores, por no aparecer en la relación de bienes los dos molinos harineros, que no consta fuesen propiedad de Cividanes Díaz en 1897 y 1898, y en cambio aparece de la compulsa de la ejecución que en 1891 le promovió D. Jacobo Candal que se le embargaron, entre otros bienes, una máquina de vapor, dos piedras de molino y un aparato de hierro, que fueron adjudicados al acreedor Candal en 7 de Enero de 1893:

Segunda. La de los arts. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil y 1216 y 1218 del Código civil, al no estimar la Sala sentenciadora la prueba de que se hace mérito en la infracción anterior, habiéndose cometido, por lo tanto, error de derecho en su apreciación; y

Tercera. La del art. 1170 de la ley de Enjuiciamiento civil, del cual no se deduce que la oposición de un acreedor, fundada en la falta de al-

gunos bienes insignificantes en la relación presentada por el deudor, baste para dejar sin efecto la declaración de concurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña

Considerando que en el motivo primero del presente recurso se hace supuesto de la cuestión, dando por cierto, contra la apreciación de la Sala sentenciadora, que D. Juan Cividanes Díaz no ocultó al presentarse en concurso voluntario una parte de sus bienes, ó sean dos molinos que había reconocido tener poco antes al presentarse en suspensión de pagos; y que si bien aparece de la compulsa citada en dicho motivo, y también en el segundo, que en el intermedio de ambos actos se vendieron ciertos bienes del deudor á instancia de uno de sus acreedores, no figuran los dos molinos entre los bienes vendidos; por todo lo cual, y porque el fallo recurrido no ha desconocido el valor probatorio de la mencionada compulsa, resultan improcedentes ambos motivos de casación:

Considerando que asimismo es improcedente el motivo tercero, porque del art. 1170 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que se faculta á cualquier acreedor legítimo para oponerse á la declaración de concurso, no se infiere que el derecho del acreedor esté subordinado á la importancia mayor ó menor de los bienes ocultados por el deudor en la relación que de todos ellos debe presentar;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Juan Cividanes Diaz; no se hace imposición de costas, por haber sólo comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrente; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió:

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 1.° de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 38.—TRIBUNAL SUPREMO.—1.° de Febrero, pub. el 12.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Josefa Sarry contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en incidente con D. Juan Arias y el Abogado del Estado.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo, no puede ser materia de casación la apreciación de la prueba testifical, que corresponde exclusivamente al Tribunal sentenciador, si con ella no se ha infringido ninguna ley ó doctrina legal:

Que conforme á lo dispuesto en el núm. 9.° del art. 1729 de la ley procesal, es inadmisible el recurso fundado únicamente en la infracción del art. 659 de la misma ley, que atribuye á los Tribunales la facultad de estimar la fuerza probatoria de las declaraciones de los

testigos conforme á las reglas de la sana crítica, las cuales no están determinadas por la ley ni por la jurisprudencia.

Resultando que Doña Josefa Sarry y Valcárcel promovió ante la Audiencia territorial de Coruña incidente de pobreza para seguir litigando con D. Juan Arias Limeres en pleito procedente del Juzgado de primera instancia de Sarria:

Resultando que sustanciado el incidente por sus trámites, con intervención del Abogado del Estado, la Sala de lo civil de la expresada Audiencia, en sentencia de 12 de Julio último, declaró que Doña Josefa Sarry no tiene derecho á gozar del beneficio de pobreza que solicita para litigar con D. Juan Arias Limeres, y desestimada la demanda incidental por aquélla propuesta, absolviendo de la misma al Arias y al Abogado del Estado, con imposición de las costas á la demandante; declarando la Sala de vacaciones de la misma Audiencia, en otra sentencia de 28 del expresado mes de Julio, no haber lugar á suplir ni enmendar la del 12 antes referido:

Resultando que la Doña Josefa Sarry Valcárcel ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, autorizado por el apartado 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando como único motivo que, dada la disparidad que existe entre las certificaciones del Ayuntamiento, de veracidad indiscutible, y las manifestaciones de los testigos que depusieron en el incidente base de la sentencia recurrida, se ha infringido en su aplicación el art. 659 de la citada ley procesal:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que, según tiene declarado repetidamente este Supremo Tribunal, no puede ser materia de casación la apreciación de la prueba testifical, que corresponde exclusivamente al Tribunal sentenciador, si con ella no se ha infringido ninguna ley ó doctrina legal; y que fundado este recurso únicamente en la infracción del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, que atribuye á los Tribunales la facultad de estimar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme á las reglas de la sana crítica, las cuales no están determinadas por la ley ni la jurisprudencia, dicho recurso es de todo punto inadmisible, conforme á lo dispuesto en el núm. 9.° del art. 1729 de dicha ley procesal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Josefa Sarry Valcárcel, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de Coruña la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 1.° de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. =José de Garnica.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.= Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.—El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 39.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Febrero, pub. el 22.

COMPETENCIA.—*Nulidad de donación y cancelación de hipoteca.*—Sentencia decidiendo en favor del Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona la suscitada con el de igual clase del distrito de la Inclusa de Madrid, sobre conoci-

miento de la demanda interpuesta por D. Enrique Frois contra D. Nicomedes Frois.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que con arreglo al art. 62, caso 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando se ejercitan acciones reales es competencia preferente la del Juez del lugar en que radica la cosa litigiosa:

Que es real la acción referente á la definición de derechos reales y á la invalidación de actos jurídicos, no por causa particular y personal, sino por ser contrarios al vigor y á la subsistencia del derecho alegado.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Febrero de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, por virtud de inhibitoria propuesta por el Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona, á instancia de D. José Fábregas y Mas, Doctor en Medicina y Cirugía, vecino de dicha ciudad, al de igual clase del distrito de la Inclusa de esta corte, en el conocimiento del juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de donación y cancelación de hipoteca, promovido por D. Enrique Frois y Silva, empleado, vecino de Badajoz, como representante legal de sus hijos menores Enrique y Nicomedes Frois Navarrete; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo D. José Fábregas y Mas, representado por el Procurador D. José de Castro y Quesada, bajo la dirección del Letrado D. Francisco Bergamín:

Resultando que en 15 de Diciembre de 1882 falleció en Barcelona Don Pedro Rino y Hurtado, bajo testamento otorgado en dicha ciudad en 27 de Septiembre de aquel año, disponiendo en la cláusula 12.ª que instituía por sus herederos universales á su hija Antonia María Rino y López, esposa de Nicomedes Navarrete de la Riva; su nieto, Pedro Rino y Valencia, y á su hijo Manuel María ó sus descendientes directos, en los bienes que quedaren después de satisfechos los legados que hacía en las anteriores cláusulas, con la condición, en cuanto á los dos primeros, de que á su fallecimiento pasasen todos los bienes que de él hubiesen heredado á sus hijos; añadiendo, en lo que hace relación á su nieto Pedro y para el caso que falleciera sin ellos, volvieran dichos bienes á sus otros herederos, la mitad á los hijos de Antonia María y la otra á los de Manuel, si los hubiese entonces, y en caso contrario, todos á los de la primera; y en cuanto á su otro hijo Manuel, que sólo en el caso de tener hijos pudiera disponer únicamente en su favor de toda la herencia que le hubiese correspondido, siempre que sus hijos hubiesen alcanzado la edad de testar; pero si no los tuviere ó no hubiesen alcanzado aquella edad, volvieran á sus otros herederos en la forma anteriormente establecida; añadiendo al final de la cláusula que, como consecuencia de dichas condiciones y de los legados que dejaba, prohibía que parte alguna de sus bienes fuese vendida, enajenada, gravada ni hipotecada hasta tanto que todas ellas estuviesen cumplidas y satisfechas; en la cláusula 13.ª añadió que, tanto su nieto Pedro como su hijo Manuel, sólo podrían disponer de su parte de herencia en el caso de morir con hijos capaces de testar; pero si falleciesen sin ellos, únicamente podría disponer cada uno hasta la cantidad de 20.000 pesetas, con lo que quedarían satisfechos de sus legítimas y demás derechos que por cualquier concepto pudiera corresponderles en sus bienes, pasando siempre el resto á sus otros herederos directos en la forma expresada; y finalmente, nombró por sus albaceas testamentarios á sus hijos, juntos con su apoderado y otra persona que designó, confiriéndoles amplias facultades para el cumplimiento de sus funciones:

Resultando que en uso de tales facultades, los albaceas otorgaron la correspondiente escritura de partición de bienes, arrojando el caudal relicto un total de 756.605 pesetas y 4 céntimos, del que se formaron tres lotes, uno de los que, importante 248.439 pesetas 39 céntimos, fué adjudicado á D. Manuel Rino, viniendo en él comprendida la casa núm. 3 de la calle de Elisabets de Barcelona, á la que se asignó un valor de 224.710 pesetas 67 céntimos:

Resultando que D. Manuel Rino, al efecto de que se le señalara la parte de legítima de que pudiera disponer libremente, promovió pleito en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona contra su hermana Doña Antonia y su sobrino D. Pedro Rino, en que recayó sentencia en 21 de Septiembre de 1889, que declaró correspondían al demandante en plena propiedad y dominio cinco décimas partes de la casa núm. 3 de la calle de Elisabets, con más una fracción de 22.085 pesetas 14 céntimos sobre la misma, dándose con ello por satisfecho y pagado de su legítima; y por auto de 28 de Abril de 1892, recaído en expediente de jurisdicción voluntaria, se le autorizó para que como padre y administrador legal de su hija impúber, Doña Elena Rino Norzagaray, habida de su legítimo matrimonio con Doña Elena Norzagaray, hipotecara en garantía de un préstamo que pensaba realizar la participación que á su hija correspondía en la citada casa de la calle de Elisabets:

Resultando que haciendo uso de ella por escritura de 14 de Mayo de 1892, para garantir la devolución de 25.000 pesetas, intereses al 6 por 100 y costas, que reconocía adeudar á D. José Fábregas y Mas, hipotecó á su favor toda la casa núm. 3 de la calle de Elisabets, en la que le pertenecía la mitad y una participación de 22.085 pesetas 14 céntimos sobre la misma, en relación con todo su valor, y el resto á su hija; estableciéndose, entre otros extremos, que dicho Fábregas administraría la finca y cobraría los alquileres con sujeción á las cláusulas que establecieron, con objeto de que pudiera constituirse la hipoteca sobre la participación que en la citada casa correspondía á su hija, disponía de dicha parte en su favor, otorgándole de ella donación entrevivos, pura é irrevocable, de conformidad con la facultad que le concedió el testador, cuya donación subsistiría mientras D. José Fábregas no hubiera sido totalmente reintegrado de su crédito; y por escritura de 21 de Mayo de 1897, al objeto de prevenir cualquier obstáculo que para la inscripción de la anterior en el Registro de la propiedad pudiera sobrevenir, confirmó y ratificó la donación hecha por aquélla á su hija, otorgándosela nuevamente por ésta en cuanto fuera menester en los mismos términos en que la tenía hecha, inscribiéndose dichas escrituras en el Registro de la propiedad:

Resultando que con los anteriores documentos, D. Enrique Frois y Silva, padre y representante legal de sus hijos menores D. Enrique y D. Nicomedes Frois Navarrete, habidos de su matrimonio con Doña Antonia Navarrete Rino, hija de Antonia María Rino y López, que á su vez lo era del testador, dedujo demanda en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte contra D. Manuel Rino, que habitaba en esta corte, y D. José Fábregas, en Barcelona, con la pretensión de que se declarase nula y sin ningún valor la donación hecha por el primero de aquéllos á su hija Doña Elena Rino, y como consecuencia, se cancelase totalmente la hipoteca que como garantía del préstamo concedido por Fábregas se había constituído á su favor, obligándole á la restitución de las rentas percibidas, que afectasen á la parte hipotecada, exponiendo en su apoyo: que D. Pedro Rino, en la cláusula 12.ª de su

testamento prohibió que parte alguna de sus bienes fuese vendida, enajenada, gravada ni hipotecada hasta tanto que estuviesen cumplidas y satisfechas las condiciones que en uso de su derecho había impuesto á sus herederos; y en la 13.ª, que sólo en el caso de morir su nieto Pedro y su hijo Manuel con hijos capaces de testar, pudieran disponer de su parte de herencia, y en caso contrario, sólo podría disponer cada uno hasta la cantidad de 20.000 pesetas, con lo que quedarían satisfechos de sus legítimas, pasando siempre el resto á sus otros herederos en la forma que en la cláusula anterior tenía establecida; que de conformidad con estos principios, el Juzgado de primera instancia de la Universidad de Barcelona, en sentencia de 21 de Septiembre de 1889, acordó elevar la legítima de Manuel Rino á la suma que representaban las dos terceras partes de legítima que señala la ley, que venían constituídas por las cinco décimas partes de la casa de la calle de Elisabets y la partición sobre la misma de 22.085 pesetas 14 céntimos, y el resto de la finca constituía la parte de libre disposición, sobre la que el citado D. Manuel Rino tenía que aceptar las condiciones que en las cláusulas 12.ª y 13.ª le había impuesto el testador; que á dichas condiciones había faltado el demandado, disponiendo en las dos escrituras de 14 de Mayo de 1892 y 21 del mismo mes de 1897, á favor de su hija de una cosa que no le pertenecía, y sobre la que además de estar sujeta á una condición, pesaba la prohibición terminante consignada en el final de la citada cláusula 12.ª, de la que se deducía la imposibilidad de poder disponer de unos bienes cuya libertad dependía de la muerte del demandante sin hijos; que siendo nula la donación, quedaba sin efecto la hipoteca constituída por la primera de las dos escrituras citadas, debiendo cancelarse totalmente; y que no podía dudarse de la competencia de dicho Juzgado, puesto que siendo personal la acción entablada, dirigida únicamente á exigir la nulidad de una donación contra ley, y en casos como el presente, en que uno de los demandados residía en esta corte, la ley de Enjuiciamiento civil, en el párrafo 2.º de su art. 62, concedía la facultad de elección al demandante; y por otrosí solicitó que, con arreglo á las disposiciones contenidas en el caso 1.º del art. 42 de la ley Hipotecaria, se anotase preventivamente la demanda, por ir dirigida á la extinción por modificación de un derecho real:

Resultando que citado y emplazado D. José Fábregas y Mas, en virtud de exhorto que se libró al Juez decano de los de primera instancia de Barcelona, promovió la inhibitoria de jurisdicción, alegando: que aunque el demandante afirmaba que la acción que ejercitaba era personal, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que para determinar la competencia habrá de estarse á los términos de la demanda, también dicha jurisprudencia en diferentes sentencias declara que no es el nombre de la acción, sino el objeto de la demanda el que la determina; que en el presente caso se trataba de obtener, no sólo la nulidad de la donación, sino de cancelar la hipoteca constituída en garantía del préstamo, y la acción que tiene por objeto la cancelación de un derecho real forzosamente por su naturaleza, es también real, y tal petición se repetía en la súplica de la demanda; y en el primer otrosí se pedía su anotación preventiva con arreglo al núm. 1.º, art. 42 de la ley Hipotecaria, según el que aquélla solo procedía cuando se demandase en juicio la propiedad de bienes inmuebles, ó la constitución, modificación ó extinción de cualquier derecho real; y que siendo real la acción ejercitada, no podía dudarse de la competencia de dicho Juzgado, en atención á los preceptos contenidos en la regla 3.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, y de conformidad con su dictamen, el Juez de la Universidad de Barcelona dictó auto inhibitorio en 7 de Septiembre de 1898, en atención á que la acción que se intente para producir la nulidad y reponer las cosas al ser y estado que tenían antes de dicha declaración, será personal cuando afecte exclusivamente á derechos personales, y real, cuando por ella se trate de conseguir la reposición á su primitivo estado de derechos reales; que la acción de nulidad entablada era real, toda vez que dirigida á la donación de parte de un inmueble constituído en hipoteca por virtud de dicha donación, afectaba á dos distintos derechos reales, el de propiedad ó dominio, puesto que se trataba de que la referida parte del inmueble volviera á su primitivo estado, y el de hipoteca, que se extinguiría con la nulidad de la donación; que demostraba dicho carácter el hecho de haber sido demandado y emplazado Fábregas, que no era donante ni donatario, y que no tenía otro interés en el pleito que la subsistencia de la hipoteca constituída á su favor; que tanto la ley de Enjuiciamiento civil, en el apartado segundo de su art. 524, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en sentencias de 28 de Abril de 1884 y 1.º de Mayo de 1897, preceptuaban que para determinar la competencia había de estarse á la verdadera naturaleza jurídica de la acción deducida, y no al nombre que se le diera en la demanda; y que siendo real y no personal la acción entablada, era de exacta aplicación la regla contenida en el número 3.º del art. 62 de la ley procesal:

Resultando que D. Enrique Fábregas y Silva se opuso á la inhibición propuesta, expresando que la demanda no se dirigía á pedir la posesión de la parte de la casa de la calle de Elisabets, sino únicamente á obtener la nulidad de un contrato afectado de dicho vicio desde su principio, por haber sido objeto del mismo cosas de que no podía disponer con libertad D. Manuel Rino, por impedírselo la voluntad del testador, y reclamar del mismo el cumplimiento de la obligación que se impuso al aceptar la herencia de su padre; y que si se había solicitado la anotación preventiva de la demanda, había sido únicamente con el objeto de que dichos bienes no fueran vendidos ó traspasados y pudieran resultar perjudicados los menores D. Enrique y D. Nicomedes Frois, que con el tiempo podrían llegar á ser poseedores de la parte de casa en cuestión:

Resultando que, de conformidad con el dictamen Fiscal, el Juez de primera instancia de la Inclusa de esta corte, por auto de 12 de Octubre, rechazó la inhibitoria, declarándose competente para seguir conociendo del juicio entablado, por entender que de los términos de la demanda se deducía el carácter personal de la acción ejecutada, encaminada á reclamar la nulidad de la acción, y por tanto, la de la escritura de préstamo hipotecario; y que partiendo de este punto y dirigiéndose la demanda simultáneamente contra dos personas, de las que una residía en esta corte y la otra en Barcelone, y no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, era de rigurosa aplicación la regla 1.ª del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que el Juez de la Universidad de Barcelona insistió en su competencia, y en su virtud, elevaron ambos sus actuaciones á este Tribunal Supremo con los debidos emplazamientos, y se sustanció la competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la demanda de D. Enrique Frois, como dirigida á mantener en su integridad el derecho que entiende que corresponde á sus hijos menores sobre la casa de la calle de Elisabets, de Barcelona, en virtud del testamento del abuelo, y á que se declaren por esta razón

nulas la donación y la hipoteca de la expresada casa, entraña una acción puramente real, á pesar de la calificación de personal que le haya atribuído el demandante, puesto que sólo se refiere á la definición de derechos reales y á la invalidación de actos jurídicos, no por causa particular y personal, sino por ser contrarios al vigor y á la subsistencia del derecho alegado:

Considerando que, con arreglo al art. 62, caso 3.°, cuando se ejercitan acciones reales es competencia preferente la del Juez del lugar en que radica la cosa litigiosa;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez del distrito de la Inclusa de esta corte.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. José de Garnica, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 3 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 40.—**GRACIA Y JUSTICIA.—3 de Febrero, pub. el 24 de Marzo.**

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS confirmando la negativa del Registrador de la propiedad de Getafe á inscribir una escritura de compraventa.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que hallándose prevenido por el art. 12 de la referida Instrucción que los linderos de las fincas urbanas se expresarán por izquierda, derecha y espalda, es evidente que la omisión de estas circunstancias constituye una falta en las formas extrínsecas de las escrituras:

Que en tal caso procede la suspensión de inscripción conforme á lo dispuesto en el art. 19 de la ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección general de 12 de Mayo de 1869.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario Don Sebastián Paino contra la negativa del Registrador de la propiedad de Getafe á inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente:

Resultando que D. Santiago de Udaeta y Villachica otorgó con fecha 31 de Enero de 1898, ante el Notario D. Sebastián Paino, escritura de segregación y venta á favor de D. Esteban Salaverry y Dussels de una parcela de la casa señalada con los números 16 y 17 de la calle de la Sombra, de Carabanchel Bajo, deslindándose dicha parcela por los cuatro puntos cardinales:

Resultando que presentada esta escritura en el Registro de la propiedad, fué suspendida su inscripción «por el defecto subsanable de no ex-

presarse los linderos de la parcela de la casa que la misma comprende en la forma que previene el art. 12 de la Instrucción sobre la manera de redactar los documentos públicos»:

Resultando que el Notario autorizante de la referida escritura interpuso recurso gubernativo contra la nota de suspensión del Registrador, solicitando se declare que el documento se halla extendido con arreglo á las formalidades y prescripciones legales, exponiendo: que no puede describirse dicha parcela con los linderos que previene el citado art. 12 de la Instrucción porque no linda con calle alguna; que aun en el supuesto de que pudiera describirse en la forma debida, tal omisión no constituiría motivo para la suspensión de inscripción, porque no es circunstancia que afecte á la validez del documento, y además no es requisito esencial para la inscripción, según la doctrina de la Resolución de 17 de Mayo de 1880 y lo prevenido en el art. 9.º de la ley Hipotecaria y 25 de su Reglamento:

Resultando que, oído el Registrador, sostuvo su calificación é informó: que la parcela de que se trata ha podido describirse con los linderos que previene el art. 12 de la Instrucción, tanto más cuanto que dicha parcela la ha adquirido el comprador para agrandar una casa de su pertenencia; que aunque la omisión de los linderos no afecte á la validez de la escritura, no deja de ser por eso una falta subsanable del documento para la inscripción del mismo, según ha declarado este Centro en la Resolución de 12 de Mayo de 1869; y que la de 17 de Mayo de 1880, invocada por el Notario, si bien hace distinción entre circunstancias esenciales y convenientes de la inscripción, señala precisamente entre las primeras los linderos de los inmuebles, los cuales han de constar naturalmente en la forma que proceda, según dicho art. 12 y la Resolución antes citada de 12 de Mayo de 1869:

Resultando que el Juez delegado confirmó la nota recurrida por razones análogas á las expuestas por el Registrador de la propiedad, y el Presidente de la Audiencia confirmó á su vez la resolución del Juez delegado en virtud de apelación interpuesta por el Notario recurrente, quien apeló para ante este Centro directivo, invocando las Resoluciones de 17 de Enero y 19 de Febrero de 1879.

Vistos los arts. 9.º y 19 de la ley Hipotecaria, y 25 del Reglamento general dictado para su ejecución:

Vistos el art. 12 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos á registro, y las Resoluciones de 12 de Mayo de 1869 y 17 de Mayo de 1880:

Considerando que hallándose prevenido por el art. 12 de la referida Instrucción que los linderos de las fincas urbanas se expresarán por izquierda, derecha y espalda, es evidente que la omisión de estas circunstancias constituye una falta en las formas extrínsecas de las escrituras, y procede, por tanto, la suspensión de inscripción de la que es objeto del presente recurso, conforme á lo dispuesto en el art. 19 de la ley Hipotecaria y Resolución de este Centro de 12 de Mayo de 1869;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. á los efectos consiguientes. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 3 de Febrero de 1899.=El Director general, Ramón Cepeda.=Sr. Presidente de la Audiencia de Madrid.

Núm. 41.—TRIBUNAL SUPREMO.—4 de Febrero, pub. el 22.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Inscripción de una finca y otros extremos.*—Sentencia declarando haber lugar al recurso interpuesto por Doña Rosario de la Vega y otro, y no haber lugar al de Doña Antonia Sánchez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, en pleito con D. Francisco García.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que los demandados rebeldes á quienes no se hubiere notificado personalmente la sentencia definitiva dictada en el pleito tienen derecho, conforme art. 773 de la ley de Enjuiciamiento civil, á ser oídos contra ella para obtener su rescisión y un nuevo fallo, siempre que concurran en su favor las circunstancias requeridas por dicho precepto legal, ó sean, en primer término, que no hubieren utilizado contra ella el recurso ordinario de apelación que les otorga el anterior art. 772; en segundo lugar, que la sentencia haya adquirido el carácter de firme, por no existir recurso alguno pendiente á instancia de cualquiera de las partes litigiosas; y, por último, que se halle el rebelde en alguno de los tres casos concretamente determinados en los arts. 774 á 777 de la misma ley:

Que si bien es cierto que por concederse la audiencia tan solamente á los rebeldes á quienes no se hubiere notificado la sentencia personalmente, previene la ley que el término para solicitarla se cuente desde que se publicare en el Boletín oficial *de la provincia, no cabe admitir que la falta de publicación sea obstáculo á la concesión de la audiencia; pues siendo como es inconcuso que el acto de darse por enterado en juicio de una resolución judicial que deba ser notificada produce los efectos de la notificación misma, cual si se hubiera hecho en debida forma, lo es del mismo modo que el rebelde puede presentarse en el pleito solicitando desde luego la audiencia, haciendo de esta suerte innecesaria la notificación de la sentencia por edictos:*

Que el demandado rebelde, emplazado por cédula para contestar la demanda, debe, además de solicitar la audiencia dentro del término legal, justificar cumplidamente que la cédula dejó de entregársele por una causa no imputable al mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Febrero de 1899, en los autos sustanciados ante la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, á instancia de Doña Rosario de la Vega Jenoquio y D. Bernardo y Doña Antonia Sánchez de la Vega, representada ésta por su marido D. Salvador Sánchez Castañer, propietarios todos, vecinos de Sevilla, sobre que se les oiga en justicia contra una sentencia dictada por el Juez de Fregenal de la Sierra en pleito seguido por demanda de D. Francisco García Lergo, empleado, vecino de Segura de León, relativa á la inscripción en el Registro de la propiedad de una finca y otros extremos; cuyos autos penden ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la parte actora, representada por el Procurador D. Luis Soto y Hernández y defendida por el Licenciado D. Dionisio Díez y Enríquez, estándolo el D. Francisco García Lergo por el Procurador D. Francisco Quintín Fernández y el Licenciado D. Eugenio Silvela:

Resultando que D. Francisco García Lergo, el 19 de Diciembre de 1896, presentó ante el Juzgado de primera instancia de Fregenal de la Sierra demanda en juicio declarativo contra Doña Rosario de la Vega Jenoquio, D. Bernardo Sánchez de la Vega y D. Salvador Sánchez Castañer, como marido y representante legal de Doña Antonia Sánchez de la Vega, para que inscribieran á su nombre en el Registro de la propiedad de aquel partido la transmisión de dominio de una casa situada en Segura de León, que habían adquirido por herencia del último propietario D. Antonio Sánchez, para después poder inscribir García Lergo el dominio que adquirió por compra, y que además cancelasen los demandados una hipoteca que gravaba dicha casa, formulando en el mismo escrito, por un otrosi, demanda incidental de pobreza:

Resultando que admitida dicha demanda incidental de pobreza, se libró exhorto á Sevilla para el emplazamiento de los demandados, siéndolo personalmente Doña Rosario de la Vega y D. Salvador Sánchez Castañer, y por cédula entregada á éste, D. Bernardo Sánchez de la Vega, quienes por no haberse personado en autos, fueron declarados rebeldes en 4 de Febrero de 1897, siguiéndose la tramitación del incidente, en el que recayó sentencia en 8 de Marzo inmediato, declarando pobre en sentido legal al D. Francisco García Lergo, el que pidió se notificara dicha sentencia personalmente á los demandados, á cuyo efecto se expidió á Sevilla el oportuno exhorto, siéndolo, por no encontrarlos en su casa, mediante cédula que el actuario entregó á Doña Antonia Sánchez de la Vega, mujer del D. Salvador, la cual no quiso firmar la diligencia, haciéndolo dos testigos:

Resultando que admitida asimismo en 14 de Abril de aquel año 1897 la enunciada demanda ordinaria, fué emplazado por virtud de exhorto, dirigido también á Sevilla en 20 de Mayo, D. Salvador Sánchez, á quien se le entrego la oportuna cédula, haciendo constar el actuario, con fecha 31 del citado mes de Mayo, que el D. Salvador no le había podido manifestar el domicilio de Doña Rosario de la Vega y D. Bernardo Sánchez, ni había podido él averiguarlo, á pesar de las diligencias practicadas; por lo que á instancia del actor acordó el Juzgado de Fregenal de la Sierra, en 11 del inmediato mes de Junio, se emplazase á los dos últimamente nombrados por cédula que debería fijarse en el sitio público de costumbre, y que se insertaría en el *Boletín oficial* de la provincia, como se efectuó en el número correspondiente al 2 de Julio del enunciado año 1897; siendo declarados rebeldes todos los demandados en 14 de aquel mes, por no haberse personado en el pleito, al que puso fin sentencia del 6 de Agosto del mismo año, por lo que el Juzgado estimó las pretensiones de la demanda, condenando en costas á los demandados; librándose también, á solicitud del actor, exhorto para que se notificase personalmente á aquéllos; y en su consecuencia, el actuario comisionado al efecto hizo constar en 14 del propio mes, que personado en el núm. 24 de la calle de San Isidoro de Sevilla, no encontró en ella á Don Salvador Sánchez ni á su esposa, por lo que entregó la cédula de notificación á la criada, y que no podía hacer la notificación á Doña Rosario de la Vega ni á D. Bernardo Sánchez por no saber dónde habitaban; y por virtud de nuevo exhorto librado para que se verificara la notificación á estos últimos, se hizo constar que no habitaban donde se indicaba; pero habiendo informado el Inspector de vigilancia y el Alcalde acerca del domicilio del D. Bernardo, se notificó á éste la tan repetida sentencia el 29 de Marzo de 1898:

Resultando que Doña Rosario de la Vega y Jenoquio, D. Bernardo y Doña Antonia Sánchez de la Vega, representada ésta por su marido Don

Salvador Sánchez Castañer, con fecha 9 de Febrero del citado año 1898 formularon escrito ante la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, con la solicitud de que, previa la tramitación establecida en el art. 778 de la ley de Enjuiciamiento civil, declarase haber lugar á la audiencia contra la sentencia dictada en 6 de Agosto de 1897 en el pleito ya mencionado; expresando por un otrosí, que en la hipótesis de que no concurrieran en todos ellos los requisitos exigidos en la ley para otorgar tal audiencia, y sí sólo con relación á algunos, sería indispensable hacer extensivo á todos el beneficio, porque tratándose de una cuestión que á todos afectaba, no era posible que sobre derechos idénticos en su esencia y relacionados con un mismo contrato pudieran recaer dos ejecutorias opuestas y antitéticas, lo cual acontecería desde el momento en que, quedando firme el fallo dictado respecto de alguno de los que fueron comprendidos en una demanda, se revocara después con relación á los demás, constituyendo con ello un estado legal insostenible; siendo el único modo de evitarlo otorgar á todos el beneficio de la audiencia, puesto que existía verdadera comunidad de derechos, era la misma cosa é igual la razón de pedir:

Resultando que para fundar las enunciadas pretensiones alegaron Doña Rosario de la Vega y demás colitigantes en lo principal de su escrito: no haber sido emplazados con motivo de la demanda de D. Francisco García Lergo, personalmente, ni por cédula, ó cuando menos ésta no había llegado á su poder, ni tampoco les fué notificada la sentencia de 6 de Agosto de 1897, pues si de ella tuvieron noticia fué á causa de exhortos librados á Sevilla, con objeto de que se efectuara en su contra embargo de bienes, no sabiendo tampoco se hubieran publicado edictos emplazándoles, ni habían visto publicado el fallo en el *Boletín oficial* de la provincia; conceder el art. 776 de la ley de Enjuiciamiento civil el reconocimiento de audiencia contra la sentencia dictada en rebeldía, no sólo á los que no fueron emplazados en forma alguna, sino también á los que habiéndolo sido por cédula, acrediten que por causa no imputable no les fué entregada, siempre que lo soliciten dentro de ocho meses, contados desde el día en que la ejecutoria se publicase en el *Boletín oficial* de la provincia, por lo que aun cuando la sentencia de 6 de Agosto del 97 se hubiera publicado inmediatamente, aún no habían transcurrido dichos ocho meses; aparte de que, según el art. 777, el emplazado por edictos puede utilizar el recurso durante el plazo de un año si hubiese estado constantemente fuera del lugar en que se hubiera seguido el juicio durante su tramitación, y que asimismo hubiera estado ausente del pueblo de su residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo, lo cual sucedía en el caso de autos; y no decir nada la ley respecto del plazo en que deba formularse el reconocimiento, cuando el demandado no fué emplazado en modo alguno, pues sin duda el legislador creyó que no podía ocurrir tal caso, por constituir evidente infracción de las reglas de procedimientos, pero cuando ocurra, es claro debe concederse el reconocimiento, por la elemental regla de interpretación de que en lo más está comprendido lo menos:

Resultando que D. Francisco García Lergo contestó á las pretensiones deducidas de contrario, pidiendo se declarase no haber lugar al reconocimiento de audiencia interpuesto, por no concurrir todos los requisitos que la ley exige, con expresa imposición de costas, alegando al efecto: haber sido emplazado personalmente D. Salvador Sánchez, y por edictos en el *Boletín oficial* los demás demandados, debiendo haber sido publicada en dicho periódico la sentencia recaída en el pleito; prescribir el art. 775 de la ley de Enjuiciamiento civil, en armonía con el

774, que el demandado rebelde que hubiere sido emplazado personalmente debe, para ser oído en reconocimiento de audiencia contra la sentencia firme, interponerlo dentro del plazo de cuatro meses desde la publicación de aquélla, y justificar que por fuerza mayor no interrumpida ha estado impedido de comparecer en juicio, por lo que como desde la fecha de la sentencia hasta la del escrito interponiendo el recurso transcurrieron seis meses y tres días, aun cuando D. Salvador Sánchez, que fué emplazado personalmente y declarado rebelde, justificara la fuerza mayor que le impidió comparecer en juicio, no podía ser oído en reconocimiento de audiencia; y faltarles, con arreglo al art. 777, á D. Bernardo Sánchez y á Doña Rosario de la Vega, que fueron emplazados por edictos, y formulaban el reconocimiento, justificar haber estado constantemente fuera del pueblo donde se siguió el juicio, y que se hallaban ausentes del de su última residencia al publicarse los edictos para emplazarles:

Resultando que recibidos á prueba los autos, á más de la testifical que utilizó la parte actora, se unieron á ellos, á petición de la misma, el pleito é incidente de pobreza seguidos á solicitud de D. Francisco García Lergo, pronunciando la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres en 25 de Junio de 1898 sentencia, por la que se declara no haber lugar á la audiencia solicitada por Doña Rosario de la Vega Jenoquio, D. Bernardo Sánchez de la Vega y Doña Antonia Sánchez de la Vega, contra la que el Juzgado de Fregenal de la Sierra dictó en 6 de Agosto de 1897, en el pleito promovido por D. Francisco García Lergo sobre inscripción en el Registro de la propiedad de una casa situada en la villa de Segura de León y cancelación de una hipoteca con que aparecía gravada; se les imponen las costas causadas, y se les reserva el derecho que pueda asistirles para interponer el reconocimiento ordinario que procediese contra la citada sentencia:

Resultando que Doña Rosario de la Vega Jenoquio, D. Bernardo Sánchez de la Vega y Doña Antonia Sánchez de la Vega, asistida ésta de su marido D. Salvador Sánchez Castañer, han interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 4.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 279 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, en su segundo párrafo, que dispone que cuando «la persona notificada se hubiera dado por enterada en el juicio surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiera hecho con arreglo á las disposiciones de la ley»; en cuanto en el fallo recurrido se declara que no es firme la sentencia dictada en 6 de Agosto de 1897 por el Juez de Fregenal de la Sierra, por la única razón de estimarse nula la notificación hecha de la misma á los recurrentes, no obstante haberse dado los mismos por enterados después al interponer contra ella, con fecha 9 de Febrero del próximo pasado año, el reconocimiento de audiencia que se les denegaba, manifestando en él explícitamente que la conocían desde que para su cumplimiento se enviaron exhortos á Sevilla con el objeto de embargar sus bienes, con lo que es claro que la nulidad de la notificación de la expresada sentencia no existe, y si pudo existir, quedó desvanecida por el mero hecho de darse por enterados de la misma los recurrentes, y siendo válida la notificación, la sentencia es firme y el fallo recurrido nulo por declarar lo contrario:

Segundo. El art. 773 de la misma ley de Enjuiciamiento civil, que concede á los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía, y no se hallaren en ninguno de los casos de los artículos que preceden—es decir, que ni les haya sido notificada personalmente la

sentencia definitiva, ni por edictos—, audiencia contra la sentencia firme que hubiera puesto término al pleito para obtener su rescisión y un nuevo fallo, en cuanto en el recurrido se niega á los recurrentes la audiencia solicitada contra la sentencia dictada por el Juez de Fregenal de la Sierra en el pleito que les promovió D. Francisco García Lergo, á pesar de haber permanécido constantemente en rebeldía, de no habérseles notificado la indicada sentencia, ni personalmente ni por edictos, y ser la misma firme, conforme se demuestra en el motivo de casación anterior:

Tercero. El art. 776 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, que al conceder el reconocimiento de audiencia á los demandados que habiendo sido emplazados por cédula acrediten que por causa á ellos no imputable no les fué entregada, siempre que lo soliciten dentro de ocho meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín oficial* de la provincia, claro es que lo concede también á los que, como los recurrentes, no han sido emplazados de ninguna manera, y lo solicitan además dentro de ocho meses, contados desde la fecha de la sentencia del Juez de Fregenal, en el sentido de que habiéndose negado la referida audiencia en el fallo recurrido, por el supuesto erróneo de que aquélla no es firme, se ha infringido, por no haberse aplicado, dicho art. 776 y el 777; toda vez que uno y otro otorgan la expresada audiencia cuando los rebeldes fueron emplazados por cédula ó por edictos, y por tanto, también la conceden cuando, como en el presente caso, no existió emplazamiento de ninguna especie y los recurrentes residían en otra provincia que la de Cáceres y no estaban tampoco accidentalmente en el lugar del juicio, por la regla de interpretación de que en lo más está comprendido lo menos; y

Cuarto. El art. 781 de la propia ley de Enjuiciamiento, por cuanto su precepto resulta contradictorio con el fallo recurrido desde el momento en que éste reserva á los rebeldes el derecho para interponer el recurso ordinario contra la sentencia del Juez de Fregenal, siendo así que, conforme á dicho artículo, para que se declare no haber lugar á la audiencia é imponer las costas del incidente, la sentencia recurrida en el pleito ha de quedar definitivamente firme.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que los demandados rebeldes á quienes no se hubiere notificado personalmente la sentencia definitiva dictada en el pleito tienen derecho, conforme al art. 773 de la ley de Enjuiciamiento civil, á ser oídos contra ella para obtener su rescisión, y un nuevo fallo, siempre que concurran en su favor las circunstancias requeridas por dicho precepto legal, ó sean, en primer término, que no hubieren utilizado contra ella el recurso ordinario de apelación que les otorga el anterior art. 772; en segundo lugar, que la sentencia haya adquirido el carácter de firme, por no existir recurso alguno pendiente á instancia de cualquiera de las partes litigantes; y, por último, que se halle el rebelde en alguno de los tres casos concretamente determinados en los arts. 774 á 777 de la misma ley:

Considerando que si bien es cierto que por concederse la audiencia tan solamente á los rebeldes á quienes no se hubiere notificado la sentencia personalmente, previene la ley que el término para solicitarla se cuente desde que se publicare en el *Boletín oficial* de la provincia, no cabe admitir que la falta de publicación sea obstáculo á la concesión de la audiencia; pues siendo como es inconcuso que el acto de darse por enterado en juicio de una resolución judicial que deba ser notificada produce los efectos de la notificación misma, cual si se hubiera hecho en

debida forma, lo es del mismo modo que el rebelde puede presentarse en el pleito solicitando desde luego la audiencia, haciendo de esta suerte innecesaria la notificación de la sentencia por edictos;

Considerando, en consecuencia de lo expuesto, que el fallo recurrido infringe el art. 777 de la mencionada ley de Enjuiciamiento civil invocado en el motivo tercero, en cuanto por estimar necesaria la publicación de la sentencia deniega la audiencia pedida por Doña Rosario de la Vega y D. Bernardo Sánchez, á pesar de que el pedirla no se les había notificado personalmente, y de que han justificado los requisitos exigidos en dicho precepto legal·

Considerando que el demandado rebelde, emplazado por cédula para contestar la demanda, debe además de solicitar la audiencia dentro del término legal, justificar cumplidamente que la cédula dejó de entregársele por una causa no imputable al mismo, justificación que no ha intentado siquiera hacer Doña Antonia Sánchez de la Vega, que fué emplazada por cédula entregada á su marido, siendo por ello, así como porque el recurso de casación se da contra la parte dispositiva y no contra los considerandos de la sentencia, improcedente el reconocimiento en cuanto se refiere á dicha litigante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Rosario de la Vega Jenoquio y Don Bernardo Sánchez de la Vega, y no haber lugar á dicho recurso en cuanto á Doña Antonia Sanchez de la Vega, que también lo ha interpuesto en unión de aquéllos, á la que condenamos al pago de la tercera parte de las costas causadas en este Tribunal Supremo al recurrido D. Francisco García Lergo, sin hacer especial imposición de las restantes devengadas en el mismo; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres en en 25 de Junio del próximo pasado año 1898, en los pronunciamientos que contiene respecto á los mencionados Doña Rosario de la Vega Jenoquio y D. Bernardo Sánchez de la Vega.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 4 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 42.—TRIBUNAL SUPREMO.—6 de Febrero, pub. el 12 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Manuela Pérez contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en incidente con D. Pedro García y el Abogado del Estado.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que á tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la ley procesal, es improcedente la admisión del recurso interpuesto contra

la sentencia que otorga á una parte el beneficio de pobreza, porque no sólo no pone término al juicio, sino que hace posible que puedan proseguirse ventilando en el mismo las cuestiones que sean oportunas.

Resultando que al objeto de litigar sobre aprobación de la testamentaría de Doña Felipa Ferrero y entrega de los bienes quedados á su fallecimiento, D. Pedro García Ferrero formuló demanda incidental de pobreza ante el Juzgado de primera instancia de Illescas, á la que se opusieron la demandada Doña Manuela Pérez Román, por sí y como representante de su hijo D. Juan García Pérez, y el Abogado del Estado; y tramitado el incidente en ambas instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, por sentencia confirmatoria de 7 de Octubre de 1898, concedió dicho beneficio al demandante·

Resultando que contra dicha sentencia, la demandada interpuso recurso de casación por infracción de ley, y opuesto á su admisión el Ministerio fiscal, se pasaron los autos al Magistrado Ponente, mandando la Sala traerlos á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que al otorgar la sentencia recurrida el beneficio de pobreza para litigar á D. Pedro García Ferrero, no sólo no pone término al juicio intestado, sino hace posible que puedan proseguirse ventilando en el mismo las cuestiones que sean oportunas, y que es por ello improcedente la admisión del recurso entablado contra la indicada sentencia por Doña Manuela Pérez, á tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del artículo 1729 de la ley procesal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña Manuela Pérez Román, por sí y como representante de su hijo D. Juan García Pérez, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese en la forma que prescribe la ley.

Madrid 6 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 43.—TRIBUNAL SUPREMO.—7 de Febrero, pub. el 12 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Concurso voluntario de acreedores.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Antonia Osuna contra el dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, en pleito con Don José Izquierdo y otros.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que fundado el recurso en la infracción de un llamado principio de derecho, sin citar la ley ó sentencia de este Supremo Tribunal que lo reconozca como doctrina legal, ni afirmar la inexistencia de ley exactamente aplicable al punto controvertido, que haga necesaria la aplicación de los principios generales del derecho, como preceptúa el art. 6.º del Código civil, es evidente que carece dicho recurso de toda condición de admisibilidad, conforme á lo prevenido en los números 1.º y 10 del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que declarada Doña Antonia Osuna Mallén, por auto del Juzgado de primera instancia del distrito de la Magdalena, de Sevilla, de 27 de Noviembre de 1885, en concurso voluntario, se acumuló á dicho juicio un pleito de mayor cuantía, pendiente á la sazón en el de igual clase de Lora del Río, por demanda de D. José Izquierdo Muñoz, contra la Doña Antonia sobre nulidad de ciertas escrituras, al cual se hallaban igualmente acumulados otros autos que había promovido Doña Dolores Muñoz Villanueva, también contra la misma Doña Antonia y otro; entendiéndose desde la enunciada acumulación al concurso la ulterior tramitación de los precitados pleitos unidos con la sindicatura del indicado concurso en representación de la expresada demandada:

Resultando que pendientes los últimamente dichos autos ante la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, á virtud de apelación del D. José Izquierdo Muñoz, interpuesta de la sentencia que había dictado el prenombrado Juzgado del distrito de la Magdalena, sin que compareciera ante aquella Sala la sindicatura del concurso, y hallándose señalado día para la vista de los mismos, presentó escrito Doña Antonia Osuna, solicitando en lo principal que se la tuviera por parte en ellos, y formulando en un otrosí demanda de pobreza, á cuyo escrito recayó en 19 de Septiembre del año próximo pasado 1898 providencia, por la que se declara no haber lugar á lo pedido en lo principal, y que respecto al otrosí, se formase pieza separada:

Resultando que Doña Antonia Osuna en nuevo escrito presentado en 20 del propio mes de Septiembre último, promovió incidente, con la solicitud de que se declarase nula la referida providencia, por cuanto en ella se la negaba personalidad, é igualmente se declarara nulo cuanto en lo sucesivo se actuase sin oirla; no dándose lugar por la Sala, en auto también de dicho día 20 de Septiembre, á la sustanciación del incidente, así como tampoco, por otro de 7 de Octubre inmediato, á suplirle ni enmendarle:

Resultando que Doña Antonia Osuna Mallén ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse infringido en su concepto el principio universal de derecho de que á nadie puede condenársele sin que antes sea oído y vencido en juicio; puesto que no habiendo sido reconocida personalidad en la recurrente para defender sus propios intereses, no obstante el abandóno de la defensa de ellos por los síndicos de su concurso de acreedores, se había dado el caso de que se la hubiese condenado sin haberla oído, contra lo que requieren el buen sentido jurídico y el derecho universal; agravando esto todavía más el hecho de que al mismo tiempo que la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla rechazaba la personalidad de la Doña Antonia Osuna para litigar en los autos principales, se la reconocía para lo accesorio, admitiendo y mandando tramitar la demanda incidental de pobreza que entabló por otrosí del escrito en que se personaba:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que fundado el recurso en la infracción de un llamado principio de derecho, sin citar la ley ó sentencia de este Supremo Tribunal que lo reconozca como doctrina legal, ni afirmar la inexistencia de ley exactamente aplicable al punto controvertido, que haga necesaria la aplicación de los principios generales del derecho, como preceptúa el artículo 6.º del Código civil, es evidente que carece dicho recurso de toda

condición de admisibilidad, conforme á lo prevenido en los números 4.° y 10 del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por Doña Antonio Osuna Mallén; no se hace condena de costas, por no haber comparecido en este Tribunal Supremo parte recurrida; publíquese este auto según previene la ley, y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Sevilla, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido.

Madrid 7 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 44.—TRIBUNAL SUPREMO.—7 de Febrero, pub. el 12 de Marzo.

Casación por quebrantamiento de forma—*Declinatoria de jurisdicción.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Josefa Faulo contra el auto dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, en incidente con D. Isidro Palos.

En su considerando único se establece:

Que oído el Ministerio fiscal en la forma que determina el artículo 74 de la ley de Enjuiciamiento civil, queda subsanada la falta de su intervención en el respectivo incidente de incompetencia, y no existe, por tanto, para los efectos de la casación, la infracción de forma prevista en el núm. 1.° del art. 1693 de la misma ley.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Febrero de 1899, en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, con protesta para el de infracción de ley, pendiente ante Nos, interpuesto por Doña Josefa Faulo Sebastián, sin profesión, residente en Zaragoza, representada por el Procurador D. Federico Grases Riera y defendida por los Licenciados Don Raimundo Fernández Villaverde y D. José Aleixandre, éste en el acto de la vista, en el incidente promovido por declinatoria de jurisdicción sobre conocimiento de la demanda que en juicio declarativo de mayor cuantía, y para que se le reconozcan sus derechos de esposa y madre legítima de sus hijos, dedujo la Doña Josefa contra su esposo D. Isidro Palos Rochela, propietario, vecino de Alcañiz, quien ha comparecido, representado por el Procurador D. José de Castro y Quesada y defendido por el Letrado D. Aureliano Linares Rivas, cuyo incidente se ha seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza y la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, en el que es parte el Ministerio fiscal:

Resultando que ante el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de Zaragoza dedujo Doña Josefa Faulo Sebastián en 15 de Septiembre de 1897 demanda de mayor cuantía contra su marido D. Isidro Palos Rochela, exponiendo como hechos fundamentales: que demandante y demandado, siendo ambos viudos, habían contraído matrimonio el 30 de Mayo de 1882, de cuyo enlace hubieron por hijas legítimas dos niñas llamadas Carmen y Josefina; que los primeros años del matrimonio se deslizaron en Alcañiz con la más perfecta tranquilidad, hasta que en 1891 pudo observar que su marido dispensaba indiscutibles preferencias á otras mujeres, originándose de aquí disgustos y cuestiones que alteraron gravemente la paz de la familia, siendo desde entonces mayor

cada día la tibieza y frialdad con que la trataba su esposo, que hasta llegó á negarla la consideración del caballero á la señora; que el día 1º de Mayo de 1892, al regresar la actora de la festividad de las Flores, á que no quiso acompañarla su marido, se negó éste á recibirla en la casa conyugal, cuya puerta encontró cerrada, teniendo que refugiarse en casa de una amiga; que al volver al día siguiente á la casa marital se encontró con que sus hijas habían sido llevadas á un colegio y despedida la criada que la servía, encontrándose privada de toda asistencia y compañía, hasta el punto de que el demandado prohibió al Médico que la visitase, al Farmacéutico que la diese medicinas, y alimentos á los que diariamente la proveían con géneros de sus establecimientos; que estos desagradables sucesos la produjeron tal impresión, que á causa de un ataque de disnea tuvo que guardar cama por prescripción facultativa; que entonces se ausentó su marido por unos días, durante los cuales hablaban á la demandante los hermanos de aquél de la necesidad de separar el matrimonio; que á los tres días de regresar á casa su esposo, se la presentaron éste y sus hermanos Antonio y Domingo, diciéndola que era preciso que se marchara á Oliete, á lo cual se negó la demandante; que desde aquel día el alejamiento y la indiferencia de su marido hacia ella fueron absolutos, mortificándola á cada momento con detalles ú ocurrencias que revestían los caracteres de groseras ofensas; que hallándose por entonces en período adelantado de embarazo, dió á luz estando sola en casa, y al pedir á su esposo 25 duros para los gastos propios de su estado, le contestó que nada la daría mientras no abandonase la casa; que en tal excepcional situación pasaron quince meses, al cabo de los cuales, y por complacer á su marido, que la ofreció ir á buscarla pronto, se trasladó á Oliete en compañía de su hija del primer matrimonio; que allí le mandaba la exigua pensión de 100 pesetas mensuales; pero D. Isidro Palos, lejos de cumplir sus ofrecimientos, dejó transcurrir seis años sin acordarse de su mujer, y cuando ésta, por motivos de salud de sus hijos y por ser ya ofensiva á su dignidad de esposa y madre aquella especie de reclusión injusta, tuvo que trasladarse á Zaragoza, la privó de su mezquina pensión, viviendo ahora la Doña Josefa al fiado y sin recursos, por más que tiene bienes propios y las rentas de la casa exceden de 2.000 pesetas anuales; que habiendo sido gravemente herido el demandado en 1895, se apresuró la demandante á ir á su lado para prodigarle los auxilios necesarios, pero no fué recibida, como no lo fué tampoco más tarde al presentarse en casa de la familia de su marido con motivo del fallecimiento de una de sus hermanas; que al rogar un día á aquél que la facilitara algún auxilio, la dió tan fuerte golpe en la nariz con una regla ó cuadradillo, que cayó sin sentido, bañada en sangre; que otro día la amenazó con unas tenazas, y otro con un cuchillo; que Palos no asistió al acto previo de conciliación de la demanda de que se trata, limitándose á enviar un escrito discutiendo la competencia del Juzgado; que en 16 de Agosto se constituyó en depósito, mediante diligencia judicial á que no compareció el demandado; que en 1.º de Septiembre promovió la necesaria reclamación de alimentos contra su marido D. Isidro Palos; y, finalmente, que éste debía ser citado y emplazado en la misma ciudad de Zaragoza, donde á la sazón residía, calle de Alfonso I, núm. 41:

Resultando que expuestos estos hechos, y después de invocar en su apoyo el art. 105 del Código civil y los demás relativos al divorcio, patria potestad y efectos del matrimonio entre los esposos, terminó la Doña Josefa Faulo Sebastián su escrito de demanda, suplicando al Juzgado se sirva declarar, mediante sentencia definitiva, que la deman-

dante tiene derecho á disfrutar de todos los que como esposa y madre legítima de sus hijos le competen, condenando, en su virtud, á D. Isidro Palos á que así lo reconozca, á que la reciba en su casa con la autoridad que aquel doble carácter la da dentro de la familia, y á que le respete todas las facultades que le corresponden en tal concepto por la naturaleza y por la ley, consintiéndola estar al lado de sus hijas, educarlas como madre y disfrutar del decoro y posición social que corresponden á su legítimo estado; y en otro caso, declarar que procede el divorcio civil con todas sus consecuencias, señaladamente los de quedar las hijas Doña Josefina y Doña Carmen bajo la potestad y protección de su madre, Doña Josefa Faulo, como cónyuge inocente, pues sin perjuicio de que en este último caso formalizaría también el divorcio ante el Tribunal eclesiástico, con imposición de costas al demandado si se opusiese; y por un otrosí solicitó testimonio de la fecha de presentación de esta demanda y de su ingreso y súplica, á fin de justificar haberla interpuesto dentro del plazo legal para obtener la ratificación del depósito en que la demandante se halla constituída:

Resultando que en providencia de 23 de Septiembre tuvo el Juzgado por presentada y admitida la demanda de Doña Josefa Faulo, confiriendo de ella traslado con emplazamiento á D. Isidro Palos en la persona del Procurador D. Angel Ordax, que tenía su representación en las diligencias de alimentos y litis expensas seguidas entre demandante y demandado; de cuya providencia pidió reposición aquel Procurador, porque no siendo todavía parte en los autos que motivaba dicha demanda, debía el emplazamiento de entenderse personalmente con el demandado Palos, según previenen los arts. 526 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil; y tramitada en forma esta petición, acordó el Juzgado, por auto de 7 de Octubre siguiente, reponer la mencionada providencia de 23 de Septiembre y ordenar, en su consecuencia, el emplazamiento personal de D. Isidro Palos, como en efecto lo fué, mediante exhorto dirigido al Juez de primera instancia de Alcañiz, de cuya ciudad era vecino aquél:

Resultando que en virtud de este emplazamiento, y por escrito de 10 de Noviembre, compareció D. Isidro Palos ante el Juzgado de San Pablo de Zaragoza, promoviendo incidente de incompetencia por declinatoria de jurisdicción, suplicando la declinase en favor de la Autoridad eclesiástica correspondiente por lo que toca al conocimiento del divorcio que intenta Doña Josefa Faulo de su matrimonio canónico con D. Isidro Palos, y en favor del Juzgado de Alcañiz por lo que respecta á las consecuencias civiles de ese divorcio, alegando sustancialmente como fundamentos de su pretensión: que por el momento se limita á manifestar la falsedad de los hechos de la demanda que le atribuyen desvíos en el matrimonio, sevicia y hasta ciertas infidelidades, pero ansiando el momento de que el debate se plantee ante el Tribunal eclesiástico, único competente, para allí dilucidar cuál de los dos cónyuges es inocente y cuál culpable; que en 1892 demandó alimentos Doña Josefa Faulo á su marido en Alcañiz, autos que terminaron en 26 de Marzo por sentencia absolutoria; que esto no obstante, marido y mujer convinieron luego que aquél abonaría á ésta 100 pesetas mensuales, siempre que residiera en Oliete ó en Belchite, al lado de sus familias, eligiendo aquella localidad, donde permaneció desde 1892 hasta Abril de 1897, en que por haberse trasladado á Zaragoza, contra la voluntad de su marido, dejó éste de entregarle la pensión; que está dispuesto á reintegrar y abonarle las mensualidades transcurridas si ella vuelve á su vez á Oliete ó á Belchite, como convinieron; que el depósito judicial de Doña Josefa Faulo fué

tramitado en acto de jurisdicción voluntaria, en que el demandado no quiso tomar ninguna parte, para no autorizar con sus actos directa ni indirectamente el domicilio de su mujer en Zaragoza; que el domicilio de las mujeres casadas es el del marido cuando no están separadas legalmente, teniéndolo, por tanto, la Doña Josefa en la ciudad de Alcañiz, ante el cual ha debido interponer aquélla sus demandas; que el Juzgado de San Pablo no sólo es incompetente por razón de las personas, sino también por razón de la materia, pues tratándose de un matrimonio canónico celebrado *in facie Eclesiæ*, el conocimiento del divorcio compete exclusivamente á los Tribunales eclesiásticos; que la competencia del Juzgado de Alcañiz no ha sido renunciada por D. Isidro Palos en favor de los Juzgados de Zaragoza, pues nunca se ha sometido á ellos expresa ni tácitamente; y que demostrada, por tanto, la incompetencia del Juzgado de San Pablo para conocer de la demanda de divorcio interpuesta por Doña Josefa Faulo, está en su lugar la declinatoria de jurisdicción:

Resultando que al relacionado escrito de declinatoria acompañó Don Isidro Palos una certificación, expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Alcañiz, haciendo constar que de los antecedentes consultados, obrantes en aquella Secretaría, se desprende que el D. Isidro Palos Rochela, casado y propietario, es vecino de aquella ciudad, en la cual ha residido constantemente y reside hace muchísimos años, ejerciendo desde 1895 el cargo de segundo Teniente Alcalde de su Ayuntamiento, y habiendo sido reelegido como tal para el bienio de 1897 á 1899:

Resultando que con suspensión del curso de los autos, y de conformidad á lo dispuesto en el art. 537 de la ley de Enjuiciamiento civil, se confirió traslado de la declinatoria á la demandante Doña Josefa Faulo, que lo evacuó oponiéndose á lo excepcionado por D. Isidro Palos, y sosteniendo la competencia del Juzgado, á cuyo efecto expuso, entre otras alegaciones: que si ha elegido la residencia de Zaragoza es precisamente porque se encuentra en ella la casa de su marido, calle de Don Alfonso I, núm. 41, donde existe un establecimiento mercantil, propiedad de la razón social Hijos de Francisco Palos; que no quiere precisamente divorciarse de su marido, sino que lo que ante todo pretende es que se la respeten los indiscutibles derechos que como esposa y como madre la competen; que la declaración solemne de esos mismos derechos es una cuestión esencialmente civil que no puede ser materia más que de un pleito ante los Tribunales ordinarios; que dada la situación del matrimonio, ha de suceder, ó que Doña Josefa Faulo viva en su casa, como le corresponde, con su marido é hijos, ó que viva divorciada legalmente; que lo que no hay posibilidad de consentir es que Doña Josefa permanezca, cual lo pretende su marido, sola y olvidada, en distinto lugar que sus hijas, sin medios de vida y tolerando un desprecio que rechazan su dignidad y su honra; que de aquí se infiere que siendo en este caso el divorcio un problema jurídico subsidiario, no podía plantearse la cuestión más que en la forma propuesta por la demandante, porque si no procede la primera parte de la súplica de la demanda, procedería la segunda, ó sea el planteamiento del divorcio, que se interpondría entonces ante el Tribunal eclesiástico; que de acceder á lo pedido por Palos en su escrito de declinatoria, se dividiría la continencia de la causa, separándose la demanda en dos partes, de una de las cuales conocería el Tribunal ordinario y de la otra el Tribunal eclesiástico; que D. Isidro Palos, al consentir la constitución del depósito de su mujer, consintió también su ratificación, y no se opuso á la situación legal creada para su mujer, de la cual es hoy una consecuencia lógica que todas las actuaciones deben de

seguirse en el verdadero domicilio legal de la demandante; y que D. Isidro Palos no ha probado su vecindad en Alcañiz, porque de la certificación que á tal intento ha presentado no resulta más sino que *se desprende* que es vecino y que ha residido allí hace años, sin que tampoco sea razón que justifique la vecindad el desempeño del cargo de Concejal:

Resultando que no habiéndose pedido por ninguna de las partes que el incidente se recibiese á prueba, llamó el Juzgado las diligencias á la vista, y por auto de 26 de Noviembre acordó declararse incompetente para conocer de la demanda interpuesta por Doña Josefa Faulo contra su esposo D. Isidro Palos, declinando la jurisdicción en cuanto al cumplimiento de las obligaciones civiles nacidas del matrimonio á favor del Juez de primera instancia de Alcañiz, y en cuanto á la procedencia del divorcio, á favor de la jurisdicción eclesiástica, considerando al efecto: que la acción ejercitada en la demanda es de naturaleza personal y se refiere al cumplimiento de obligaciones que nacen del estado civil, ó á su modificación en otro caso; que según la regla 1.ª, art. 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, en las demandas sobre el estado civil será competente el Juez del domicilio del demandado, y conforme á la regla 1.ª del art. 62, cuando se ejercitan acciones personales, será competente el Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato si pudiese hacerse en él el emplazamiento; que el lugar donde deben cumplirse las obligaciones impuestas por las leyes al marido respecto á su mujer es el domicilio del marido, según se deduce de los preceptos contenidos en los artículos 56 y 58 del Código civil, y lo reconoce la misma demandante al solicitar que se condene á su esposo á que la reciba en su casa; que aun prescindiendo del razonamiento anterior, el domicilio del demandado es causa de fuero en el presente juicio, ya se atienda á que la demanda versa sobre el estado civil, ya á que se trata de acción personal, y el emplazamiento no se ha verificado en el lugar del contrato; que según el art. 40 del Código civil, el domicilio de las personas naturales para el ejercicio de las acciones y el cumplimiento de las obligaciones civiles es el lugar de su residencia habitual, no rigiendo por tanto, para determinar el domicilio las disposiciones administrativas, que se refieren al ejercicio de derechos políticos ó desempeño de funciones públicas; que aun prescindiendo del certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Alcañiz, donde consta que D. Isidro Palos reside habitualmente en dicha población, este hecho resulta acreditado en el acto conciliatorio, en que la parte demandante atribuye residencia accidental en Zaragoza á D. Isidro Palos, diciendo que aquel día estaba ausente en Alcañiz; en el poder otorgado por dicho D. Isidro Palos en aquella ciudad en 14 de Septiembre último, en que se le atribuye la vecindad en Alcañiz, siendo de presumir que este dato se tomó de la cédula personal; en el emplazamiento hecho en este juicio y en los mismos hechos de la demanda propuesta, en los que al relatar las vicisitudes de la vida de los cónyuges se indica su separación, marchándose á Oliete la esposa y quedando en Alcañiz el marido, apareciendo que allí tiene una fábrica; y que en el año de 1892 se siguió ante el Juzgado de dicha ciudad demanda de alimentos provisionales; que siendo Alcañiz el lugar de la residencia habitual, y por tanto domicilio del demandado, al Juez de dicho partido corresponde el conocimiento de este juicio en lo que se refiere á la cuestión civil planteada; que según el art. 80 del Código civil, el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los Tribunales eclesiásticos; que siendo el matrimonio celebrado entre D. Isidro Palos y Doña Josefa Faulo canónico, la declara-

ción de procedencia del divorcio que se solicita por la parte actora corresponde á la jurisdicción eclesiástica, sin que pueda decirse que la demanda se refiere solamente á las medidas que son consecuencias civiles de la declaración del divorcio, porque expresamente se pide que se declare la procedencia de dicho estado jurídico, y en consonancia con la petición se hallan los fundamentos de derecho tercero y cuarto, en que se citan las causas que dan lugar al divorcio, y se dice que éste habrá de decretarse con todas sus consecuencias; que ni aun interpretándose la demanda en el sentido de que sólo se pide la declaración de que procede el divorcio por existir causa por él y no la efectividad del divorcio, tampoco sería competente la jurisdicción ordinaria, porque al Tribunal á quien compete dictar la resolución corresponde juzgar y determinar sobre las causas y fundamentos del juicio, invadiéndose de otro modo la esfera de acción propia de cada jurisdicción, sin que sea aplicable en este caso el art. 107 del Código civil, sino el 81, que requiere la previa incoación de la demanda de divorcio ante el Tribunal eclesiástico; que las disposiciones de los arts. 112 y 113 de la ley de Enjuiciamiento se refieren al caso de que los Jueces ó Tribunales de uno ú otro fuero promuevan la competencia, sin que obsten en manera alguna al derecho del demandado en un juicio para proponer la incompetencia por medio de inhibitoria, que en este caso se sustancia en la forma de los incidentes, como se resolvió por este Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Julio de 1880:

Resultando que de este auto interpuso la Doña Josefa Faulo recurso de apelación, que le fué admitido en ambos efectos, para ante la Audiencia territorial; y al evacuar aquélla el traslado de instrucción, manifestó por otrosí que con posterioridad á la sentencia de primera instancia, y estando ya los autos en la segunda, había ocurrido un hecho de decisiva influencia en el incidente que se ventila, cual lo es el que D. Isidro Palos se opuso á la demanda de pobreza formulada por su esposa Doña Josefa en el Juzgado de San Pablo de Zaragoza, pero sin proponer en forma la competencia, viniendo por ello á reconocer la jurisdicción de aquél, á cuyas manifestaciones contestó el demandado Palos, al evacuar también el traslado de instrucción, que si no había promovido cuestión de competencia especial en la pobreza, era sencillamente por no ser necesario, en razón á que esos autos de beneficios legales son y se consideran siempre como incidentes del asunto principal, con arreglo á lo dispuesto en el art. 21 de la ley de Enjuiciamiento civil y demás concordantes:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Zaragoza llamó los autos á la vista, teniendo ésta lugar el día 2 de Agosto último, con asistencia de los Letrados de las partes; y en el siguiente día 3 dictó aquel Tribunal la providencia que dice así: «Sin perjuicio de la vista celebrada, por si la Sala fuese incompetente por razón de la materia para conocer de la demanda á que se refiere el incidente de que ahora se trata, comuníquense los autos por término de tercero día al Ministerio fiscal, á los efectos y según prescribe el art. 74 de la ley de Enjuiciamiento civil»; contra cuya providencia interpuso la Doña Josefa Faulo recurso de súplica, en el sentido de que desde luego se dictase sentencia sin comunicar los autos al Ministerio fiscal, ó se declarase en otro caso la nulidad de todo lo actuado desde que se dió por evacuado el traslado de contestación á la demanda, y reponiendo los autos al ser y estado que antes tenían, mandar devolverlos al Juzgado de su procedencia para la tramitación correspondiente; pretensiones éstas que desestimó la Sala de vacaciones en auto de 20 de Agosto, declarando no haber lugar á suplir y enmendar la providencia recurrida, y mandando practicar lo or-

denado en la misma, por considerar para ello que en cualquier estado del juicio pueden los Tribunales hacer uso de la facultad de abstenerse de conocer, oído el Ministerio fiscal, que les atribuye el art. 74 de la ley de Enjuiciamiento civil cuando se crean incompetentes por razón de la materia:

Resultando que comunicados los autos al Fiscal, emitió su dictamen, informando que, tratándose de una demanda de divorcio en sus civiles efectos, y siendo ésta hoy de la exclusiva competencia de los Tribunales eclesiásticos, carece la Sala de jurisdicción para conocer de estos autos por razón de la materia, debiendo de declararlo así, con abstención de todo procedimiento, y previniendo á las partes que usen del derecho de que se crean asistidos ante quien corresponda y en la forma que proceda:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Zaragoza, por auto de 3 de Septiembre último, se abstuvo de seguir conociendo de estas diligencias, previniendo á las partes usasen de su derecho ante quien corresponda; y después de dar por reproducidos los fundamentos de derecho del citado auto que la Sala de vacaciones de la misma Audiencia había pronunciado en 20 de Agosto anterior, expuso las siguientes consideraciones legales: que resuelto de un modo ejecutorio, en virtud de lo establecido en dicha resolución, que á pesar de lo adelantado del procedimiento, todavía era tiempo para que el Tribunal se abstuviese de continuar conociendo de él si se creía incompetente por razón de la materia, sólo restaba determinar si en efecto existía en estos autos y por parte del Tribunal tal incompetencia por razón de la materia; que la demanda objeto de los autos es una demanda alternativa, y por ella sólo se aspira á uno de los dos extremos: á que se declare, ó bien que el demandado ha de recibir en su casa á su esposa, la actora, con toda la autoridad y todos los derechos de esposa legítima y madre de sus hijos, ó bien que procede el divorcio civil de tales cónyuges con todas sus consecuencias, evidenciándose por ello de un modo palmario que la primera declaración á que se aspira envuelve la negación del divorcio, y la segunda, la concesión del mismo, y que, por tanto, es éste un pleito ó causa de divorcio, como lo tiene reconocido la actora, al confesar en el otrosí de la demanda que la interpone para obtener la ratificación del depósito, ratificación para la cual es forzoso acreditar haber intentado la demanda de divorcio y no otra alguna, según lo prevenido en los arts. 1890 y 1895 de la ley de Enjuiciamiento civil; que así planteada la cuestión en su propio y verdadero terreno, según los términos de la demanda, ya sólo queda que resolver cuál es el Tribunal competente y único para conocer de las demandas de divorcio, tratándose de un matrimonio canónico, cual está justificado serlo el de D. Isidro Palos y Doña Josefa Faulo; que esto es también claro y terminante, y reconociéndolo ya así el decreto de unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868, y bajo la base de que la jurisdicción de la Iglesia no puede ser menoscabada ni restringida y ha de ejercerse tal como lo han regulado los cánones, prescribió en su art. 2.º que sería de la competencia de los Tribunales eclesiásticos el conocimiento de las causas de divorcio y nulidad del matrimonio, según lo prevenido en el Concilio de Trento; y si bien la ley de 18 de Junio de 1870 estableció otros principios nuevos, considerando el matrimonio como un contrato, sin que determinase de un modo preciso la competencia del Tribunal para conocer de las causas de divorcio, el decreto de 9 de Febrero de 1875 prescribió, en su art. 5.º, que el matrimonio se regirá exclusivamente por los Sagrados cánones, y en el art. 7.º estableció de un modo preciso la com-

petencia de los Tribunales eclesiásticos para conocer de las causas de divorcio, aun las entonces pendientes; que siendo ésta la ley vigente en la materia, queda demostrado que el Tribunal eclesiástico es el único competente para conocer de la demanda de divorcio, cuyo carácter tiene la que es objeto de estos autos, sin que quepa por lo mismo formalizarla ante ambas jurisdicciones, ni que sea tampoco dable que la ordinaria conozca de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio cuando su cumplimiento se pide de una manera tan ligada é inseparable de la declaración de divorcio, ó lo que viene á constituir su negación; y que por todo lo expuesto entiende el Tribunal que es incompetente para conocer de la demanda en cuestión por razón de la materia, y que está en el caso de abstenerse de seguir conociendo desde el momento en que así lo había comprendido, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, á quien se oyó, en cumplimiento de lo que prescribe el art. 74 de la ley de Enjuiciamiento civil, y toda vez que la prórroga de la jurisdicción no puede en este caso hacerse lugar:

Resultando que contra este auto anunció Doña Josefa Faulo recurso de casación por infracción de ley é interpuso el de quebrantamiento de forma, que le fué admitido, y fundó en el núm. 1.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse emplazado al Ministerio fiscal, que la Sala estimó debía ser parte, á cuyo efecto alegó haber cumplido con lo dispuesto en los arts. 1696 y 1750 de dicha ley, puesto que procuró la subsanación de aquella falta al suplicar de dicho proveído.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que oído el Ministerio fiscal en la forma que determina el art. 74 de la ley de Enjuiciamiento civil, quedó subsanada la falta de su intervención en el incidente de incompetencia de que se trata, y no existe, por tanto, para los efectos de la casación, la infracción de forma que oficiosamente se invoca por la recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma que ha interpuesto Doña Josefa Faulo Sebastián, á quien condenamos al pago de las costas, y si se le hubiese negado ó negase en el incidente de su razón la defensa en concepto de pobre, ó si habiéndosele otorgado tal beneficio viniese á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y procédase á la sustanciación del recurso por infracción de ley iniciado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 7 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 45.—TRIBUNAL SUPREMO.—7 de Febrero, pub. el 12 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY. — *Declaración de herederos.* — Sentencia decidiendo no haber lugar á los recursos interpuestos por D. Manuel Errea y otros y por el Ministerio fiscal contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Crisóstomo Villanueva y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que constando por diversos documentos, por manifestaciones contextes de las partes, y, lo que es más importante á los efectos de la casación, como hechos establecidos por la Sala sentenciadora, que una persona nacida en Navarra, empadronada como vecina de Madrid desde 1871, falleció en la misma capital en 1893, bajo testamento ológrafo de 1891, en que, sin mención alguna de la legítima foral, dispuso sólo de parte de sus bienes para instituir una misa perpetua en cualquiera de las iglesias de la citada población, son estos hechos demostrativos de que, con anterioridad á la publicación del Código civil é independientemente de las disposiciones del mismo, no se tenía el finado por aforado y había hecho manifestaciones ostensibles de no serlo:

Que antes de la publicación del Código tenían que existir necesariamente y existían, con efecto, en nuestra legislación preceptos que regulaban los cambios de estatuto, mediante los cuales dejaban de estar sometidos á la legislación foral los nacidos bajo su régimen, cuyos preceptos, entre otras leyes, contenían la 32, tít. 2.º, Partida 3.ª, que desafora al morador por diez años; la 2.ª del tít. 24, Partida 4.ª, que da naturaleza por morança de diez años, magüer sea natural de otra; *la 7.ª, tít. 14, libro 1.º de la Novísima Recopilación, que establece igual disposición de que se repute natural al que haya vivido domiciliado diez años, y la 3.ª, tít. 11, libro 6.º del mismo Código, cuyo contenido es semejante:*

Que á los referidos preceptos legales no pueden oponerse con éxito alegaciones sobre vaguedad ó insuficiencia, ó de que la mera vecindad no sea bastante para perder el fuero, puesto que su sentido se halla corroborado y aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si no se requiere estar á la sentencia que en 27 de Noviembre de 1868 declaró que para resolver la cuestión de fuero era suficiente la residencia con casa abierta por el tiempo marcado en las disposiciones vigentes, habrá que atenerse á la de 29 de Marzo de 1892, expresiva de que habría de estimarse variado el estatuto personal de origen cuando á la residencia se añadiera el propósito más ó menos ostensible, circunstancias ambas que concurren en el caso mencionado:

Que por lo que antecede, habiendo dejado de ser aforado dicho finado, y sometiéndose ostensiblemente á la legislación como antes de la promulgación del Código civil, no ha podido la sentencia que así lo establece infringir el art. 15 de aquel cuerpo legal, ni las leyes 10, 11 y 12, tít. 13, libro 2.º de la Novísima Recopilación de Navarra, y 5.ª, tít. 7.º, libro 3.º del Fuero general de dicha provincia, ni los artículos 1.º de la ley de 25 de Octubre de 1839, 2.º de la de 16 de Agosto de 1841, y 3.º, 5.º, 9.º, 10, 11, 12, 13 y 14 del Código civil, puesto que era anterior á éste la clara situación del difunto, y nunca

sería admisible el supuesto implícito de que el art. 15 y los con él relacionados hubieran venido á declarar sin efecto, y mucho menos con el retroactivo, el estatuto que, en relación con la legislación foral, tuvieran ya adquirido los ciudadanos, contradiciendo los principios más fundamentales de aplicación del derecho, y el contenido de las dos primeras bases de la ley de 11 de Mayo de 1888:

Que los considerandos de la sentencia recurrida no pueden ser materia de casación.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Febrero de 1899, en los autos sobre declaración de herederos abintestato de Doña Vicenta Errea Lapeña, seguidos ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta capital y la Sala primera de lo civil del Tribunal Superior del territorio, que penden ante Nos, á virtud de recursos de casación interpuestos por D. Manuel Antonio, D. Pedro Fermín, Doña Martina y Doña Catalina Errea Lapeña, los dos primeros cuchareros, vecinos de Viscarret, dedicada á las faenas domésticas la Doña Martina, y propietaria la Doña Catalina, ambas de esta vecindad, á quienes representa el Procurador D. Luis Lumbreres y defiende el Licenciado D. Trinitario Ruiz y Valarino, y por el Ministerio fiscal; en cuyos recursos han comparecido como partes recurridas: D. Crisóstomo y D. Nicolás Villanueva Errea, propietarios, y D. Juan Fermín Villanueva Esquiroz, cucharero, éste en representación de sus hijos menores de edad, D. Faustino, Doña Martina y Doña Dominica Villanueva Errea, vecinos de Mezquíriz, representados por el Procurador D. Francisco Morales Sánchez y defendidos por el Licenciado D. Miguel Irigaray; D. Valentín Errea y Lapeña, propietario, vecino de Irún, á quien representa el Procurador Don José María Cordón y Estecha y defiende el Licenciado D. Juan de Bonilla; y Doña Ramona, Doña Antonia y Doña Severina Carrica Errea, dedicadas á las faenas domésticas, vecinas la Doña Ramona de Madrid y las otras dos de Mezquíriz; D. Bernabé y D. Manuel Carrica Errea, y en nombre de este último, á causa de su menor edad, su padre D. Juan Carrica Ezpeleta, labradores, vecinos de Mezquíriz; y Doña Josefa Carrica Errea, dedicada á las faenas domésticas, vecina de Irún, representados por el Procurador D. Celestino Armiñán y defendidos por el Letrado D. Nicolás Salmerón:

Resultando que Doña Vicenta Errea y Lapeña, de sesenta y un años de edad, soltera, natural de Mezquíriz, provincia de Navarra, falleció en su domicilio de esta corte el 28 de Diciembre de 1893, dejando cinco hermanos llamados D. Valentín, D. Manuel, D. Pedro, Doña Catalina y Doña Martina Errea Lapeña; cinco sobrinos, hijos de otra hermana llamada Doña Josefa, que había muerto estando casada con D. Juan Fermín Villanueva, y otros siete sobrinos más descendientes de su hermana Doña Manuela, que también había fallecido hallándose casada con D. Juan Carrica Ezpeleta; los cuales, en escrito de 12 de Febrero de 1894, que fué repartido al Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia, pidieron se les declarase herederos abintestato de la finada Doña Vicenta Errea Lapeña, en la proporción de una séptima parte á cada uno de los hermanos de la finada, y otra séptima parte respectivamente á los descendientes de las otras hermanas de aquélla, Doña Josefa y Doña Manuela, á cuyo efecto hacían presente al Juzgado el fallecimiento abintestato de Doña Vicenta, acompañando los documentos que así lo acreditaban y los necesarios á fin de justificar su parentesco:

Resultando que practicada información de testigos y oído el Ministe-

rio fiscal, después de transcurrido el término señalado en los edictos, que se fijaron en los sitios de costumbre y publicaron los periódicos oficiales, sin que hubiese comparecido ningún otro pariente, los precitados hermanos de Doña Vicenta Errea y una sobrina, en 21 de Abril de 1894 presentaron escrito, con la pretensión de que se protocolizara un testamento ológrafo extendido en papel sellado de 1891, redactado en la forma siguiente: «Digo yo, Vicenta Errea y Lapeña, vecina de esta corte y natural de Mezquíriz, en la provincia de Navarra, que quiero y es mi voluntad que, fallecida que sea, se constituya y funde en cualquiera de las Iglesias de esta corte una capellanía, con la dotación para el Capellán que la sirva de 5 pesetas diarias, para que diga una misa todos los días por mi alma, la de mi hermana Martina y las de mis padres; y autorizo y encargo para todo lo que á este efecto sea necesario hacer á D. Gregorio de Córdoba y Jécora, Abogado, al cual se le entregarán de mis bienes los que sean necesarios para formar dicha dotación de 5 pesetas diarias; y hecho que sea, lo entregará al Sr. Obispo, para que éste pague siempre á los Capellanes.=Madrid 2 de Junio de 1891.=Vicenta Errea»; cuyo testamento, una vez practicadas las diligencias oportunas, se mandó protocolizar por auto de 9 de Mayo de aquel año 1894:

Resultando que Doña Catalina, Doña Martina, D. Manuel Antonio, D. Pedro Fermín y D. Valentín Errea Lapeña, en escrito de 15 del mismo mes de Mayo expresaron que la herencia de que se trataba no podía ser regulada por las disposiciones del derecho común, con arreglo á las cuales se hizo la petición de 12 de Febrero anterior, sino por las leyes de Navarra, que en la sucesión intestada llamaban á los descendientes del finado, y no habiéndolos, á los hermanos, por lo que los cinco que sobrevivieron á la Doña Vicenta eran sus únicos herederos y á ellos pertenecían los bienes de que no hubiese dispuesto en el testamento ológrafo; en apoyo de lo cual, sostuvieron: haber deducido la pretensión mencionada de 12 de Febrero, en unión de los otros parientes de la Doña Vicenta, en la creencia de que serían aplicables al caso de autos las disposiciones del derecho común, de conformidad á lo preceptuado en el artículo 15 del Código civil, por haber ganado la finada vecindad en esta corte, donde residió cerca de cuarenta años; pero que tal creencia era equivocada, pues de nada servía el tiempo que habitara en ella antes de la publicación del Código, ya que debían empezar á contarse desde dicha fecha los diez que exige el citado art. 15, cual lo demuestra la lectura de su párrafo 3.º que confería facultad á los aforadores para que antes de transcurridos los diez años, pudieran manifestar sus deseos de continuar bajo el régimen de su provincia, así como, por el contrario, si querían ser regidos por el derecho común, lo podían manifestar si llevaban dos años de residencia, lo cual no tendrían necesidad de hacer, si hubiere de contarse el que llevaran antes de la publicación del Código, pues ya quedaban sujetos en el caso de que excediera de los diez años, aparte de que la primera de las disposiciones transitorias disponía que las variaciones introducidas por el Código, que perjudicasen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no producirían efecto retroactivo, siendo evidente que al tratar el Código de sujetar al derecho común á los que gozaban el fuero de su provincia, les perjudicaba:

Resultando que emitido dictamen por el Ministerio fiscal, en el sentido de que debía darse traslado del anterior escrito á los sobrinos de Doña Vicenta Errea Lapeña, accedió á ello el Juzgado y se opusieron á la pretensión deducida en aquél, con la solicitud de que se proveyera conforme á lo pedido en el escrito de 12 de Febrero de 1894, haciendo la declaración de herederos á favor de los hermanos sobrevivientes y de

los sobrinos hijos de las hermanas que premurieron á la Doña Vicenta, en representación de sus madres:

Resultando que los indicados sobrinos de Doña Vicenta Errea, para apoyar su pretensión, impugnaron las alegaciones aducidas por parte de los herederos de aquélla, sosteniendo: ser tan claro el precepto del art. 15 del Codigo civil, que no dejaba duda alguna, pues aceptando el principio de residencia, disponía terminantemente que todo aforado que hubiese ganado vecindad en territorio sujeto al derecho común quedaba á él sometido, determinando, para evitar cuestiones, que la vecindad se ganaba por la residencia de diez años, si no se manifestaba nada en contra; y como Doña Vicenta Errea residió en Madrid más de treinta años, y lejos de estar sujeta al derecho foral, se sometió á la legislación común, cual lo demostraba el haber otorgado testamento ológrafo, era necesario reconocer debía regularse su sucesión por lo dispuesto en el Código civil; no poderse computar los diez años para ganar la residencia desde la fecha de la publicación del Código, porque su precepto era general y no distinguía entre el tiempo que transcurrise desde que estaba en vigor y el transcurrido con anterioridad; no ser aplicable al caso de autos la primera de las disposiciones transitorias del Código, por cuanto no se trataba de un derecho nacido ni de un hecho verificado bajo la legislación anterior, y porque en la duodécima de dichas disposiciones se establecía que se repartiese, con arreglo á lo preceptuado en el Código, la herencia de los que fallecieran después de hallarse en vigor; no haber modificado el mencionado cuerpo legal la legislación anterior acerca de la cuestión de vecindad, que era la única que había podido suscitarse, como podía verse en las leyes 2.ª, tít. 24 de la Partida 4.ª; 32, tít. 2.º de la Partida 3.ª; 6.ª, tít. 4.º, libro 7.º; 3.ª, tít. 11, libro 6.º, y 7.ª, tít. 14, libro 1.º de la Novísima Recopilación, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1859; y disponerse en el testamento ológrafo solamente de parte de los bienes, y como en Navarra se rige tal materia por el derecho romano, con arreglo al cual nadie puede morir en parte testado y en parte sin testar, si como se pretendía de contrario no tuviera aplicación el art. 15 del Código civil, se vendría á parar, si se regulara la sucesión de la causante por la legislación anterior, en que los sobrinos concurrirían á la herencia con sus tíos:

Resultando que unida á los autos una certificación del Juzgado municipal del distrito de la Universidad, acreditando que no aparecía se hubiera seguido expediente á instancia de Doña Vicenta Errea Lapeña para hacer constar que quería ser regida por las disposiciones del derecho común, y emitido dictamen por el Ministerio fiscal, que opinó debían declararse herederos abintestato de Doña Vicenta Errea á sus hermanos sobrevivientes, el Juzgado dictó auto en 21 de Julio de 1894, declarando á los enunciados hermanos legítimos de Doña Vicenta Errea Lapeña únicos herederos abintestato y sucesores en los bienes, derechos y acciones de la misma, que se distribuirían entre ellos por partes iguales, después de dejar dotada debidamente, en la forma y cuantía prevenidas en el testamento ológrafo de Doña Vicenta, la fundación de misas, entendiéndose que por virtud de dicha declaración de herederos quedaban expresamente desestimadas las pretensiones deducidas en el expediente por los sobrinos de la causante; y después de un incidente en que se anuló dicho auto y de practicar las partes prueba documental y de posiciones, pronunció el Juzgado sentencia dándole por reproducido y mandando se estuviera á lo en él resuelto:

Resultando que interpuesta apelación de la indicada sentencia, la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, tramitada la al-

zada, dictó otra en 2 de Noviembre de 1897, revocatoria de aquélla, por la que se declara que son herederos abintestato de Doña Vicenta Errea y Lapeña sus cinco hermanos D. Valentín, D. Manuel Antonio, D. Pedro Fermín, Doña Catalina y Doña Martina Errea y Lapeña; los cinco hijos de Doña Josefa Errea y Lapeña, llamados D. Crisóstomo, D. Nicolás, D. Faustino, Doña Dominica y Doña Martina Villanueva y Errea, y los siete hijos de Doña Manuela Errea y Lapeña, nombrados D. Manuel, D. Bernabé, Doña Ramona, Doña Juana Josefa, Doña Vicenta, Doña Antonia y Doña Severiana Carrica y Errea; y que corresponde una séptima parte de la herencia á cada uno de los cinco hermanos sobrevivientes, otra séptima parte á los hijos de Doña Josefa Errea Lapeña, y otra séptima parte á los hijos de Doña Manuela Errea Lapeña; sin expresa condena de costas de ninguna instancia:

Resultando que D. Manuel Antonio, D. Pedro Fermín, Doña Martina y Doña Catalina Errea Lapeña han interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 1.° de la ley de 25 de Octubre de 1839, en relación con el 2.° de la de 16 de Agosto de 1841, la primera de las cuales confirmó los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, y la segunda consignó, al modificar los de esta última région, que la administración de justicia seguiría en ella con arreglo á sus leyes especiales hasta que se formaran Códigos generales que fueran obligatorios en todas las provincias; en cuanto, no habiéndose publicado un Código civil de carácter general y obligatorio para toda la Península, la Sala sentenciadora no ha hecho aplicación en el fallo recurrido de la legislación especial de Navarra y sí de la particular de Castilla, que de ninguna manera puede invocarse en el caso presente:

Segundo. El art. 12 del Código civil, que acomodándose á la quinta de las bases de la ley de 11 de Mayo de 1888, dictada para la formación de dicho cuerpo legal, preceptúa, de un modo que no deja lugar á dudas ni á diversas interpretaciones, que sólo serán obligatorias para todos los españoles las disposiciones del título preliminar, en cuanto establecen los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como también los preceptos dictados para el desarrollo de la base 3.ª, relativa á las formas del matrimonio, contenidos en el título 4.° del libro 1.°, pero no otras disposiciones; por cuanto la sentencia recurrida prescinde del derecho de Navarra, siendo así que el legislador ha dispuesto que se conserve el foral en toda su integridad, sin que las provincias donde exista sufran alteración alguna en su régimen jurídico, escrito ó consuetudinario por la publicación del Código civil; es decir, que allí donde existe derecho foral, como sucede en Navarra, aunque sus preceptos sean diferentes del de Castilla, los fueros prevalecerán sobre el Código y deberán tenerse en cuenta en la creación y extinción de las relaciones jurídicas para determinar los derechos que asistan á las personas y la validez ó nulidad de los actos que se celebren:

Tercero. El art. 14 del mencionado Código, que al disponer que lo establecido en los 9.°, 10 y 11 del mismo respecto á las personas, actos y bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable á los de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación, manda que las sucesiones legítimas se regulen, tanto respecto al orden de suceder, como á la cuantía de los derechos sucesorios, por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate; toda vez que el enunciado fallo declara herederos abintestato de Doña Vicenta Errea y Lapeña á sus hermanos sobrevivientes y á sus sobrinos,

hijos de los premuertos, por cabezas los primeros y por estirpes los segundos, sin tener en cuenta que el derecho de Navarra preceptúa que cuando uno muera sin descendientes, hereden los hermanos supervivientes, y que no hay representación en la línea colateral, no pudiendo heredar, en consecuencia, tíos y sobrinos:

Cuarto. El art. 15 del mismo cuerpo legal, que terminantemente expresa que los derechos y deberes relativos á la sucesión testada é intestada que declara son aplicables únicamente á las personas sujetas al derecho común, ya por nacimiento, ó ya por la voluntad manifiesta ó tácita de la vecindad; en el concepto de que, olvidando la Sala sentenciadora la teoría del estatuto personal, que el legislador ha aportado al Código para resolver los conflictos interprovinciales que pudieran surgir, aplica el derecho común á la sucesión de una persona que por ninguno de los indicados conceptos está sujeta á él, pues el nacimiento de Doña Vicenta Errea tuvo lugar en Mezquíriz, provincia de Navarra, no expresó su voluntad de querer someterse al régimen de Castilla, y no residió en territorio sujeto á éste desde la publicación del Código el tiempo determinado para presumir su voluntad:

Quinto. El precitado art. 15 y el 3.°, también del Código civil, y el párrafo inicial de sus disposiciones transitorias, que respectivamente establecen que las leyes no tienen efectos retroactivos, y que tampoco lo tienen las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen derechos adquiridos; toda vez que la enunciada Sala declara herederos abintestato de Doña Vicenta Errea conjuntamente con sus hermanos y á sus sobrinos en la parte proporcional expresada en el fallo, dando un alcance que no tiene á dicho art. 15, en cuanto al cómputo del tiempo se contrae; y

Sexto. Las leyes 10, 11 y 12, tít. 13, libro 2.° de la Novísima Recopilación de Navarra, y la 5.ª, tít. 7.°, libro 3.° del Fuero general de dicha provincia, según cuyo tenor, cuando uno muere sin descendientes, heredan sus hermanos sobrevivientes y no existe representación en la línea transversal; pues no cabe hacer conjuntamente la declaración en favor de los hermanos y de los hijos de los hermanos de la causante, y sí sólo de aquéllos, por determinarlo así la rigurosa aplicación de tales prescripciones de la legalidad foral:

Resultando que el Ministerio fiscal ha interpuesto asimismo recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido por la sentencia recurrida:

Primero. El art. 12 del Código civil, según cuyo contexto «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán *por ahora* en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario *por la publicación* de este Código, que regirá *tan sólo* como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales»; cuyo precepto no ha sido aplicado, debiéndolo haber sido, pues establece que subsiste *por ahora*, y no más que *por ahora*, el derecho foral, y por consiguiente, lo que el Código disponga en contra de lo en aquél consignado, será para en adelante para un día que aún no está fijado, ignorándose cuándo llegará; debiendo aplicarse, en consecuencia, el derecho foral en el lugar y á las personas que lo tengan *por ahora*, sin que sufra alteración tal régimen jurídico *por la publicación* del Código, que no se entiende ni siquiera publicado para las provincias y territorios aforados, sino tan sólo para que allí rija como derecho supletorio:

Segundo. El art. 15 del mismo Código, por errónea é indebida apli-

cación, puesto que las excepciones á una ley general no pueden establecerse por inducción ni deducción, sino señaladamente donde dicha ley las fija ó una disposición especial las determina; y que el citado art. 15 no puede servir ni aplicarse como precepto de excepción al 12, lo dice otro artículo, aun en el supuesto de que en el citado no se fijara la única excepción de regir tan sólo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de las provincias forales, pues de conformidad al 13, no rige ni empezará á regir el repetidamente nombrado Código para las provincias aforadas, *sino* en las de Aragón y Baleares, y eso *únicamente* en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales que actualmente estén vigentes, excepción única establecida al art. 12, condicionada y circunscrita á lo que la ley común no se encuentre en oposición con el fuero ó costumbre de ambas provincias:

Tercero. El art. 3.º del mismo Código, que preceptúa que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario»; por cuanto habiendo de ser medio para ampararse en la ley común ó poderla gozar la vecindad ganada en territorio donde aquélla rige, establece el art. 15, también infringido, las condiciones ó requisitos para que, por la publicación ó desde la publicación del Código, *se gane* la vecindad, expresión clara á virtud de la cual, no puede negarse que legisla para tiempo futuro, refiriéndose á cómo pueden suceder las cosas y no á cómo han sucedido, á pesar de lo cual la Sala sentenciadora ha entendido lo contrario:

Cuarto. El repetidamente citado art. 15, en relación también con el 3.º y regla 1.ª de las disposiciones transitorias, pues teniendo dicho cuerpo legal preceptuados los efectos retroactivos para algunos casos anómalos, extraordinarios y justificados, como aquellos á que se refieren las disposiciones transitorias, por aparecer el derecho declarado por primera vez en el Código y siempre que no perjudique á otros adquiridos de igual origen, la sentencia recurrida no ha salvado ni excusado la aplicación del art. 15, con efecto retroactivo, en dicha regla de las disposiciones transitorias; y

Quinto. Los artículos 5.º, 12 y 14, en relación con los 9.º, 10 y 11 del Código civil, y la base 2.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888; porque subsistente el derecho foral, y disponiendo el art. 14 que conforme al 12, lo establecido en los 9.º, 10 y 11 respecto á las personas, los bienes y los actos de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España es aplicable á los de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil, no debió aplicarse en el caso actual la ley común; no habiendo que decir el error que supone el hacer la Sala sentenciadora un argumento contra los que se han opuesto en el pleito á la aplicación de la ley común contra el Fuero de Navarra, porque Doña Vicenta Errea hizo testamento ológrafo, cuya forma de última voluntad dice el Tribunal *a quo* que no es conocida en aquel Fuero, cuando el mismo Código civil dispone que las formas y solemnidades de los testamentos se rijan por las leyes del país en donde se otorguen.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la cuestión que procede resolver con ocasión de los presentes recursos es la de si han de suceder á Doña Vicenta Errea solamente los cinco hermanos que le han sobrevivido, ó si, como establece la parte dispositiva de la sentencia recurrida, han de concurrir con ellos en estirpes los dos grupos de sobrinos, hijos de los hermanos premuertos, aplicándose para lo primero la legislación foral de Navarra, y la común en el segundo caso:

Considerando que la aplicación de la legislación foral depende de que

dicha Doña Vicenta, nacida en territorio navarro, conservase á su fallecimiento la condición de aforada:

Considerando que consta por diversos documentos, por manifestaciones contestes de las partes, y lo que es más importante á los efectos de casación, como hechos establecidos por la Sala sentenciadora, que dicha señora estaba empadronada cual vecina de Madrid desde el año 1871 por lo menos; que falleció en esta capital en Diciembre de 1893, bajo testamento ológrafo de Julio de 1891, en que, sin mencion alguna de la legítima foral, disponía sólo de parte de sus bienes para instituir una misa perpetua en cualquiera de las iglesias de Madrid, y que los mismos recurrentes á quienes representa el Procurador Lumbreras han llevado á efecto la disposición del aludido testamento; cuyos hechos son demostrativos de que con anterioridad á la promulgación del Código civil, é independientemente de las disposiciones del mismo, la propia Doña Vicenta no se tenía por aforada y había hecho manifestaciones ostensibles de no serlo, corroboradas con actos de los hermanos que pretenden, no obstante, la aplicación de la legislación foral:

Considerando que antes de la publicación del Código tenían que existir necesariamente y existían, con efecto, en nuestra legislación preceptos que regulaban los cambios de estatuto, mediante los cuales dejaban de estar sometidos á la legislación foral los nacidos bajo su régimen, cuyos preceptos, entre otras leyes, contenían la 32, tít. 2.°, Partida 3.ª, que desafora al morador por diez años; la 2.ª del tít. 24, Partida 4.ª, que da *naturaleza por moranca de diez años, magüer sea natural de otra;* la 7.ª, tít. 14, libro 1.° de la Novísima Recopilación, que establece igual disposición de que se repute natural al que haya vivido, domiciliado diez años, y la 3.ª, tít. 11, libro 6.° del mismo Código, cuyo contenido es semejante:

Considerando que á los preceptos legales que acaban de citarse no se pueden oponer con éxito alegaciones sobre vaguedad ó insuficiencia, ó de que la mera vencindad no fuera bastante para perder el fuero, puesto que su sentido se halla corroborado y aplicado á cuestiones de índole análoga á la de este litigio por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo; y si no se requiere estar á la que en 27 de Noviembre de 1868 declaró que para resolver la cuestión de fuero era suficiente la residencia con casa abierta por el tiempo marcado en las disposiciones vigentes, habrá que atenerse á la de 29 de Marzo de 1892, expresiva de que habría de estimarse variado el estatuto personal de origen cuando á la residencia se añadiera el propósito más ó menos ostensible; circunstancias ambas que, con los hechos expuestos, no cabe dudar que concurrieron en Doña Vicenta Errea:

Considerando, por lo que antecede, que habiendo dejado de ser aforada Doña Vicenta, y habiéndose sometido ostensiblemente á la legislación común antes de la promulgación del Código civil, no ha podido la sentencia que así lo establece infringir el art. 15 de dicho Cuerpo legal, ni las otras disposiciones concordantes con el mismo á que los recursos se refieren, puesto que su clara situación de derecho era anterior, y nunca sería admisible el supuesto implícito de que dicho artículo y los con él relacionados hubieran venido á declarar sin efecto, y mucho menos con el retroactivo, el estatuto que en relación con la legislación foral tuvieran ya adquirido los ciudadanos, contradiciendo los principios más fundamentales de aplicación del derecho y el contenido de las dos primeras bases de la ley de 11 de Mayo de 1888; y

Considerando que no son tampoco estimables los otros motivos de ambos recursos referentes á la subsistencia de la legislación foral de

Navarra, porque con la parte dispositiva del fallo recurrido, cuyos considerandos no pueden ser materia de casación, y con la presente sentencia queda íntegra la legislación foral de Navarra, sin que se atribuya efecto retroactivo que la vulnere á ninguna disposición del Código civil, declarándose sólo que por haber dejado de ser aforada Doña Vicenta Errea antes de que aquél se promulgara, no pueden aplicarse á la sucesión de dicha señora otros preceptos que los de la legislación común;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por parte de D. Manuel Antonio, Don Pedro Fermín, Doña Martina y Doña Catalina Errea Lapeña, y por el Ministerio fiscal; condenamos á dichas dos partes recurrentes al pago cada una de ellas de la mitad de las costas causadas en este Tribunal Supremo á las recurridas; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 7 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 46.—TRIBUNAL SUPREMO.—7 de Febrero, pub. el 11 de Abril.

Casación por infracción de ley.—*Comiso de un terreno dado á censo.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Juan Xuárez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Las Palmas, en pleito con Francisco Hernández y otros.

En su considerando único se establece:

Que es obligatorio reconocer la legitimidad y subsistencia de un censo enfitéutico constituído en Canarias, en el siglo XVI, *por escritura pública ante Escribano y testigos, y reconocido por los censualistas en el transcurso de tres siglos, sin que obste para ello la circunstancia de no hallarse autorizada la escritura al pie de la misma por el Escribano que la otorgó é incluyó en su protocolo, por ser estilo y costumbre en aquellas islas y en dicha época que los Escribanos dieran fe con signo y firma al final del Registro de cada año de las escrituras en él contenidas, y no ser dable estimar que por semejante costumbre, siquiera constituya una corruptela imputable sólo á los funcionarios que la adoptaron, quedasen sin efecto cuantos derechos se crearon en las citadas islas al amparo de la fe pública en los instrumentos de tal modo autorizados y que han sido reconocidos de tiempo inmemorial:*

Que las afirmaciones de hecho de la Sala sentenciadora sólo pueden combatirse en casación de la manera especial que señala el número 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Febrero de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del partido de San Cristóbal

de la Laguna y en la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas por D. José de Ponte y Llarena, cuya profesión no consta, vecino de la Orotava, y luego por D. Juan Xuárez de la Guardia y Uribe, propietario, de igual vecindad, como su cesionario, en un principio, con D. Francisco Hernández y Delgado, D. Juan Hernández y Perero y D. Antonio Hernández y García, cuyas profesiones no constan, vecinos de la Matanza; más tarde estos dos solos con el D. Juan, por sí y como marido de Doña Carlota Luna, y últimamente con los estrados correspondientes por la rebeldía del D. Juan y de los hijos y sucesores del D. Antonio, D. Arturo, D. Ezequiel, Doña Guadalupe, Doña Agustina, Doña Claudina y Doña Consolación Hernández Izquierdo, casadas éstas respectivamente con D. Sebastián Martín, D. José González y Palenzuela, D. Teófilo Palenzuela y Manrique y D. Pedro Díaz y Yáñez, cuyas profesiones tampoco constan, vecinos todos de la Matanza, excepto el último de dichos matrimonios, que lo es de la Orotava, sobre comiso de una porción de terreno dado á censo enfitéutico ó pago de pensiones; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante, dirigida por el Licenciado D. Francisco Ponce de León y representada por el Procurador D. Lucio Alvarez; no habiendo comparecido tampoco en este Tribunal Supremo la parte demandada y recurrida:

Resultando que en testimonio puesto en 21 de Noviembre de 1763 por el Escribano de la Laguna, D. Domingo Francisco López de Castro, de unos autos ejecutivos que por ante él siguieron D. Jerónimo Francisco de Aponte, como síndico apostólico del convento de San Lorenzo de la orden de San Francisco de la villa de la Orotava, y D. Antonio de Aponte ó Ponte, clérigo de menores, contra los sucesores de Juan González y Salvador Hernández; testimonio que, presentado con la demanda del pleito actual, ocupa en él los folios del 18 al 59 inclusive, se inserta literal la copia, sacada en 2 de Octubre de 1745 por el Escribano de la villa de la Matanza de Tenerife, D. Nicolás de Currás, de una escritura de 19 de Septiembre de 1539; y en otro testimonio obrante á los folios 340 á 350 de otros autos ejecutivos incoados en 1817 por D. Ignacio Llarena y Franchy, continuados por D. Fernando Llarena y luego por Don José de Zárate, como administrador de su hijo D. Francisco, contra dichos sucesores de Juan González y Salvador Hernández, se comprende igualmente otro traslado literal librado en 15 de Octubre del mismo año 1817 por el Escribano público de la villa de la Orotava, D. José Domingo Perdomo, de la expresada escritura de 19 de Septiembre de 1539; por la cual, según ambos ejemplares, Francisco Benitez de Lugo, vecino de aquella isla, por sí y por el comendador Alonso Fernández de Lugo, Juan Benítez Perera y Diego Benítez Suazo, sus hermanos, por virtud de las cartas de poder que de ellos tenía, que el compareciente dijo no iban insertas por evitar su largueza, dió á tributo y censo perpetuo *infetiosin,* de entonces para siempre, á Juan González y Salvador Hernández, ambos juntamente, unas tierras que el D. Francisco y sus hermanos tenían en el término de Sentejo, según la primera de dichas copias, de Asentejo según la otra, en las que había 100 fanegadas, medidas por cordel, de tierra hecha y por hacer y monte, que tenían por linderos, de una parte tierras de los herederos de Hernando de Lugo, y de la otra tierras del D. Francisco y sus hermanos; por arriba el camino que iba á la ciudad de San Cristóbal, y por la parte de abajo el que iba al Sauzal; tomando dicha suerte de las 100 fanegadas por la parte de abajo angosta; quedando en igualdad las otras del D. Francisco y sus hermanos, tomando de la tierra de abajo, de en medio y de arriba; por tributo

de las cuales 100 fanegadas habían de dar y pagar Juan González y Salvador Hernández, sus herederos, sucesores y habientescausa, 55 fanegas de trigo bueno, seco y enjuto y limpio de polvo y paja, bien medido, puesto y pagado en las eras de dichas tierras á mediados del mes de Agosto de cada año, ó antes si antes se cogiere en ellas, con las condiciones, entre otras, de que no dando y pagando dicho tributo dos años en pos cumplidos, por el mismo caso y sin sentencia ni declaración alguna caerían en pena de comiso; y que el D. Francisco y sus hermanos, en caso de traspaso de las tierras, tendrían el derecho de tanteo y el de percibir la décima parte del precio de aquéllas y de sus mejoras, que se deducirían también de éste, cuando las quisieren por el tanto; lo que aceptaron Juan González y Salvador Hernández de mancomún y á voz de uno y cada uno de ellos y sus bienes tenidos y obligado por el todo; apareciendo firmada dicha escritura por D. Francisco Benítez de Lugo y por los testigos Gabriel Alvarez y Miguel Ruiz de Estrada, éste á ruego de Juan González y Salvador Hernández, que dijeron no sabían escribir.

Resultando que al pie del primero de los indicados traslados de la referida escritura, se lee: «Concuerda con su original, á que me remito, según que está en el protocolo de instrumentos públicos del año de 1539, que parece haber pasado por ante Rui García de Estrada, Escribano público que fué de la villa de la Orotava, siendo lugar, y doy, signo y firmo en la villa de la Orotava de Tenerife en 2 de Octubre de 1745 años. En testimonio de verdad, Nicolás de Currás, Escribano público»; y al pie del segundo de dichos traslados: «Concuerda esta copia con su original, según y en los términos que se halla en el registro protocolo de escrituras públicas, al parecer otorgadas por ante Miguel (así dice el apuntamiento de la Audiencia) García de Estrada en el año pasado de 1539, aunque no está autorizado por dicho Escribano, así mismo se hallan otros antes y después de éste, con la advertencia que en donde van puestas rayitas de este modo=, es por no poderse leer en el original, á causa de su antigüedad y estar comido de la traza; y de requerimiento de parte, doy la presente, que signo y firmo en la villa de la Orotava á 15 de Octubre de 1817 años. En testimonio de verdad, José Domingo Perdomo, Escribano público»:

Resultando que entre los documentos de prueba presentados por Don Antonio Aponte, ó Ponte, en el pleito ejecutivo á que se refiere el indicado testimonio de 2 de Noviembre de 1663, se halla una certificación que, por mandato recaído á su instancia del Teniente por S. M. de la villa de la Orotava y su partido, expidió en 29 de Noviembre de 1862 el Escribano público D. Nicolás de Currás, según la cual, «en los años que fué Escribano Rui García de Estrada, como asimismo en esos tiempos, no firmaban los instrumentos los Escribanos, sino un testigo, y al pie una certificación al final de dicho registro, dándosele entera fe á sus instrumentos y á sus antecesores, porque era estilo en aquel tiempo; pero no por eso se dejaba de dar y da entera fe y crédito á dichos instrumentos, sacándose conforme se hallan»:

Resultando que en otro testimonio que, como parte de la prueba de D. Antonio Ponte en dichos autos ejecutivos se puso del que obraba en otros autos ejecutivos instados en 1728 por D. Francisco Antonio de Llarena contra Juan González de la Franca y Juan González Verde para cobro de decursas de un censo de 15 fanegas de trigo, aparece que en testamento cerrado, abierto y protocolado en 21 de Abril de 1568, el Licenciado D. Bartolomé de Fonseca, Regidor que fué de aquella isla, hijo de Andrés Suárez Gallinato, declaró que de los bienes que heredó de su sobrino Bartolomé Benítez de Lugo, tenía 31 fanegas y tantos celemines

de trigo y lo que fuere, que estaban impuestas por tributo perpetuo en la tierras de Sentejo, que fueron de dicho Bartolomé Benítez de Lugo, y que entonces poseían, por razón de dicho tributo, los herederos de Juan González Verde y los de Salvador Hernández; y asimismo tenía otras 15 fanegas de trigo de tributo perpetuo que heredó del mismo Bartolomé Benítez de Lugo, y las pagaba Juan González de la Franca sobre las tierras del Peñón y en el valle llamado de Doña Juana; y mandó que de las dichas 47 fanegas de trigo de perpetuo tributo se hiciera en la iglesia de Nuestra Señora de los Remedios de aquella ciudad de la Laguna de Tenerife una capellanía de misas que se dijeran perpetuamente por su alma y las de sus difuntos pasados y venideros, nombrando el primer Capellán y designando por patrono á su heredero y á los que á éste sucedieren por el orden que dijo; y en una sentencia dictada en 4 de Diciembre de 1871 por el Juzgado de primera instancia de San Cristóbal de la Laguna en pleito seguido por D. José de Ponte y Llarena para que se le adjudicaran como libres los bienes que constituían dicho patronato laical, fundado por el Licenciado Bartolomé de Fonseca, sentencia que se hizo firme, y de la que, presentada con la demanda del pleito actual, obra del folio 3 al 5 inclusive testimonio, expedido en 27 de Diciembre de 1882 á petición de D. Juan Xuárez de la Guardia, se consigna en un resultando que el Licenciado D. Juan Xuárez Gallinato, en su testamento de 19 de Mayo de 1578, declaró que, aun cuando podía dejar sin efecto la institución de capellanías que había hecho su hermano el Licenciado Fonseca, por los créditos que contra él tenía, puesto que había pleito, quería y tenía por bien que dicha capellanía se dejara perpetua, con la dotación señalada y las condiciones que tenía:

Resultando que en el repetido testimonio librado en 1763, se comprende también como parte de prueba de D. Antonio Alponte ó Ponte, en aquellos autos, una escritura otorgada en la villa de la Orotava, á 2 de Abril de 1552, ante el Escribano Diego de Pas, por la cual García Rodríguez, Andrés, Gaspar, Juan y Melchor Hernández y Pedro Martín Crisóstomo, vecinos del lugar de la Matanza, como nietos y biznietos que dijeron ser de Salvador Hernández que fué de igual vecindad, y á quien habían sucedido en las tierras que tenía de tributo perpetuo de 23 fanegas de trigo por Agosto de cada año al patronazgo que instituyó al Maestre de campo Domingo Rizo de Lugo, del que á la sazón era sucesor Don Domingo Bautista de Lugo, reconocieron á éste como tal señor de dicho tributo, y se obligaron á pagárselo mancomunada y solidariamente.

Resultando que D. Jerónimo Francisco de Aponte, como síndico apostólico del convento de San Lorenzo de la orden de San Francisco de la villa de la Orotava y D. Antonio de Aponte, clérigo de menores y Capellan de la fundada por el Licenciado Bartolomé de Fonseca en la iglesia parroquial de Nuestra Señora de los Remedios de la ciudad de la Laguna, que antes había disfrutado D. Francisco Antonio de Llarena, promovieron en 16 de Diciembre de 1761, con presentación de la copia de la Escritura de 19 de Septiembre de 1539, dada en 2 de Octubre de 1745 por Nicolás de Currás, antes transcrita, juicio ejecutivo contra los bienes, herederos y poseedores de Juan González y Salvador Hernández por nueve pagas, cumplida la última en Agosto del año anterior 1760, del censo perpetuo de 55 fanegas de trigo en cada año, por razón de las 100 fanegadas de tierra que, según aquella escritura, les dió con tal tributo D. Francisco Benitez de Lugo, por sí y por sus hermanos, de cuyas 55 fanegas de trigo estaban incluídas 31 en dicha capellanía, despachándose la ejecución por las 55 fanegas en cada uno de los nueve

años; embargándose en 19 del mismo mes de Diciembre de 1761 una suerte de tierra lindante por Poniente con el camino de Sauzal, por Naciente con camino á la ciudad, por la parte hacia la villa con camino llamado del Verde, y por el otro lado, hacia la ciudad, con tierras á tributo de la Marquesa de Mejorada, y otra suerte de tierra, también en el lugar de la Matanza, con los linderos ya dichos; citándose de remate á multitud de personas; formulando oposición Ignacio Alonso de Ancheta para que se declarara nula la ejecución y se mandara que las otras partes pidieran separadamente, legitimando su acción y persona, alegando, entre otras cosas: que el síndico del convento no acreditaba serlo, ni tampoco presentaba instrumento alguno por donde D. Domingo Benítez de Lugo y Doña María de Cabrera, su mujer, dejaran impuestas las memorias en un tributo de 25 fanegas de trigo, siendo así que el tributo sonaba de 55; que tampoco D. Antonio Aponte había presentado la fundación de su capellanía que decía fundó el Licenciado D. Bartolomé de Fonseca, por donde constara que parte del tributo de las 55 fanegas de trigo era pieza de ella; que la escritura de 19 de Septiembre de 1539 se quedó sin otorgar, pues no estaba firmada por el Escribano, diciendo sólo Currás, que parecía autorizar el testimonio que había sido, según parecía, por ante Ruí García de Estrada; que el no haberse otorgado ni autorizado por éste la escritura, pudiera haber resultado de la falta del poder que de sus hermanos dijo tener D. Francisco Benítez de Lugo, que debiendo ponerse original, ni se puso ni se hizo relación de él íntegramente; y que siempre que las otras partes hiciesen constar con las formalidades de derecho la legitimación de sus personas y acciones con la separación y división del censo, cuenta y razón de la pretoria, estaba él llano y pronto á satisfacer si algo debía; oposición á que contestó solamente D. Antonio Aponte, exponiendo también, entre otras cosas: que aun cuando la escritura censual no estaba firmada del Escribano ante quien pasó, ese defecto no influía nulidad, porque regularmente los Escribanos solían no firmar cada instrumento, sino autorizarlos con una certificación que ponían al fin del año en el protocolo, la que suplía cualquier defecto de firma, y por eso Nicolás de Currás certificaba que dicha escritura parecía haber pasado por ante Rui García de Estrada; y puestas, entre otras pruebas del D. Antonio, el testimonio antes relacionado de la cláusula del testamento de D. Bartolomé Fonseca, otro de la posesión al mismo dada en 24 de Noviembre de 1749, en un tributo de 31 fanegas y celemines de trigo, como constaba del despacho que lindaba por arriba con camino real á la Laguna, por abajo con camino al Sauzal, por Naciente con tierras de D. Francisto de Castro, y por Poniente con tierras de D. Domingo Benítez, y en una suerte de tierra en que se incluía el tributo de 15 fanegas de trigo mencionado en dicho despacho, y que lindaban por arriba con tierras del mayorazgo de Guerra, por abajo camino á la Laguna, por Poniente con tierras de los herederos de Juan Climendi, y por Naciente con otras de que se pagaba tributo al Marqués de la Quinta Roja; y de la escritura antes relacionada de 2 de Abril de 1652, y la certificación también referida de D. Nicolás Currás, fecha 29 de Noviembre de 1762, se confirió traslado á la parte de D. Ignacio Alonso, que pretendió evacuara previamente el que se le tenía conferido el síndico del convento, quien se separó de la instancia, sin perjuicio de usar de su derecho; y conferido de nuevo traslado á Alonso, que devolvió los autos sin escrito, el Teniente General de aquella isla, por S. M., dió sentencia en 2 de Agosto de 1763, declarando bien justificada la oposición hecha por Ignacio Alonso de Ancheta, reo ejecutado, absolviéndole de satisfacer la cantidad porque se decretó la ejecución, la cual dió por

nula y de ningún valor ni efecto, mandando desembargar los bienes; sentencia de que apeló D. Antonio de Aponte, siéndole admitido el recurso, y á virtud de Real provisión de la Audiencia, se remitieron á ésta los autos originales, sacándose previamente testimonio, que quedó en el Juzgado, y es el relacionado de 21 de Septiembre de 1763, presentado con la demanda del pleito actual:

Resultando que al folio 31 de los antes aludidos autos ejecutivos, incoados por D. Ignacio Llarena y Franchy, continuados por D. Francisco Llarena y luego por D. José de Zárate, como administrador de su hijo D. Francisco, se halla un mandamiento expedido en 8 de Noviembre de 1817 por el Alcalde mayor de la isla de Tenerife al Alcalde Real del lugar de la Matanza, para el embargo de todos los bienes que pareciesen ser y haber quedado de Juan González y Salvador Hernández, sus herederos y actuales poseedores, especialmente de los obligados é hipotecados al censo perpetuo de las 31 fanegas y celemines de trigo; al folio 44, la sentencia de remate dictada por dicho Alcalde mayor en 30 de Julio de 1818; al folio 381, la posesión que en 16 de Junio de 1855 se dió por el Alguacil mayor del Tribunal eclesiástico de aquél Obispado á Don José de Zárate, como administrador de la persona y bienes de su hijo D. Francisco, á quien se había adjudicado la capellanía fundada por D. Bartolomé de Fonseca de unas tierras de pan sembrar, viña y árboles donde nombran Sentejo, del lugar de la Matanza, lindantes por arriba con camino de San Cristóbal, por abajo con barranco del coto y tierras de D. Domingo Martín Gutiérrez, vecino del pueblo de la Victoria, por Naciente con D. Ramón Pérez Blas, D. Agustín Delgado y otros, y por Poniente con dicho D. Domingo Martín, camino que dicen de la Carnecería y vereda del Señor, en razón del tributo de 33 fanegas de trigo que en cada año debían satisfacerse de dicha propiedad; al folio 434, certificación de un acto conciliatorio celebrado en el Juzgado municipal de la Matanza en 13 de Mayo de 1867 por D. José de Zárate con D. Juan Hernández Perera, D. Francisco Hernández Delgado y otros cuatro para que le pagaran los corridos que adeudaban como tributarios del correspondiente á la capellanía fundada por D. Bartolomé de Fonseca sobre terrenos de aquélla jurisdicción, donde dicen Asentejo, capellanía que correspondía á su hijo, contestando los demandados que por la parte que les correspondía pagar en el expresado censo, estaban prontos al pago, liquidados que fuesen sus débitos, pero no de manera alguna por los demás censatarios, con lo que se conformó el actor; al folio 389, escrito presentado al Juzgado de primera instancia de San Cristóbal de la Laguna por D. José de Zárate, D. Francisco Hernández Delgado, D. Antonio Hernández García, D. Juan Hernández Perero y otros tres, manifestando haber convenido el pago por estos seis al Zárate de la parte que á prorrata con los demás partícipes en el predio censido les correspondiera en las decursas reclamadas del tributo de 33 fanegas de trigo en cada año que se satisfacía á la capellanía fundada por D. Bartolomé de Fonseca, de que había sido último Capellán el hijo de Zárate, D. Francisco; y al folio 403, la diligencia de ratificación en 12 de Mayo de 1868 de Don Juan Hernández Perero y otro en dicho escrito, insistiendo en que el pago sería de sus respectivas prorratas en razón de la cabida de tierra que del predio afecto poseían, según así se había convenido también en el acto conciliatorio de 13 de Mayo del año anterior:

Resultando de la certificación antes mencionada, expedida en 27 de Diciembre de 1882 á solicitud de D. Juan Xuárez de la Guardia, y que presentada con la demanda del pleito actual obra á su folio 3 de la sentencia de 4 de Diciembre de 1871, aparece que, deducida demanda en

15 de Septiembre de 1869 por D. José de Ponte y Llarena por dicha sentencia, en consideración á que había probado su acción y derecho, no disputado ni contradicho por nadie, justificando ser el patrono, se le adjudicaron como de libre disposición los bienes que constituían el patronato laical fundado por el Licenciado Bartolomé de Fonseca y confirmado por su hermano el Licenciado D. Juan Xuárez Gallinato, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y con obligación de cumplir y redimir las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos dichos bienes; y que interpuesta apelación de esa sentencia por el Ministerio fiscal, le tuvo luego por desistido la Audiencia en 3 de Julio de 1876:

Resultando que D. Juan Xuárez de la Guardia, nombrado en los referidos autos instados por D. José de Ponte y Llarena para la adjudicación como libres de la fundación de Fonseca, administrador judicial de los bienes de la misma, demandó en 20 de Octubre de 1879 ante el Juzgado municipal de la Matanza á D. Juan Hernández Perero, para que le satisficiera 4 fanegas y algunos almudes de trigo que suponía le adeudaba por varias anualidades de la prorrata que le correspondía solventar por los terrenos que disfrutaba enclavados en el finido censido; y presentó al replicar el testimonio que hoy ocupa el folio 18 del pleito actual; siendo absuelto dicho demandado por sentencia del expresado Juzgado municipal de 28 de dicho mes de Octubre, confirmado en 25 de Febrero de 1881 por el Juzgado de primera instancia del partido:

Resultando que el mismo D. Juan Xuarez de la Guardia, con el expresado carácter, acudió al Juzgado de primera instancia del partido, en escrito de 17 de Agosto de 1880, exponiendo estar comprendido entre los bienes del patronato de un censo de 33 fanegas de trigo en cada año sobre tierras en Asentejo, cuyo dominio útil poseían las personas que constaban en certificación que dijo presentar; las cuales no cumplían el secuestro, pues no satisfacían el canon anual, y para evitar responsabilidades pedía se les hiciera que manifestaran si tenían ó no inscrito dicho dominio, y en caso contrario, procedieran á inscribirlo conforme á la regla 4.ª del Real decreto de 21 de Julio de 1871, siendo los mayores porcionistas D. Juan Hernández Perero, D. Antonio Hernández García y D. Laureano Rodríguez; y acordándose así en providencia de 13 de Septiembre posterior, librándose en 20 mandamiento al Juzgado municipal de la Matanza, que se notificó á los tres mencionados en 20 de Noviembre, expidiéndose edictos en que se expresaron los poseedores del dominio útil de las tierras, en número de 49, entre ellos los tres primeros D. Francisco Hernández Delgado, D. Juan Hernández Perero y Don Antonio Hernández García; y que estuvieron fijados en el Juzgado municipal de la Matanza desde 1.º de Octubre hasta 31 de Noviembre, y en el Regisiro de la propiedad desde 4 del primero de dicho mes hasta 12 del segundo; compareciendo en virtud de ellos D. Juan Hernández Perero, oponiéndose á lo pretendido por Xuárez de la Guardia, que expuso ser ineficaz tal oposición por no haber solicitado aquél al mismo tiempo la inscripción de sus bienes ó derechos; y por providencia de 23 de Septiembre de 1881 se declaró inadmisible y se desestimó la oposición de Hernández Perero y se mandó entregar á la parte de Xuárez de la Guardia los edictos y diligencias acompañadas, y testimonio en que se hiciera constar no haberse hecho hasta la fecha oposición en forma legal, testimonio que se le expidió, y en el que en 13 de Enero de 1882 puso el Registrador de la propiedad del partido, así como en uno de los edictos, nota de haber sido inscrito á favor de D. José de Ponte y Llarena, al folio 204, tomo 122, libro 6.º, de la Matanza, inscripción 1.ª, el derecho real á que se refiere dicho testimonio, que con los demás documentos ex-

presados y diligencias con ellos practicadas, fueron presentados con la demanda del pleito actual y ocupan en él los folios 6 al 16 inclusive:

Resultando que á petición de D. José de Ponte y Llarena, el Registrador de la propiedad del partido expidió en 26 de Diciembre de 1882 certificación, que presentada igualmente con la demanda del presente pleito es su folio 17, y según la cual, dicha inscripción causada á favor del D. José de Ponte, en virtud de la adjudicación que se le hizo en la sentencia de 4 de Diciembre de 1871, es de un censo de 33 fanegas de trigo de pensión anual, parte de otro de 55 fanegas, impuesto á favor de Francisco Benítez de Lugo por Juan González y Salvador Hernández por escritura de 19 de Septiembre de 1539, ante Rui García de Estrada, sobre unas tierras de pan sembrar, viña y árboles, donde dicen Asentejo, en el término municipal de la Matanza, que lindan por arriba con camino de San Cristóbal; por abajo, barránco del Coto y tierras de D. Domingo Martín Gutiérrez; por el Este, con las de D. Ramón Pérez Blas, Don Agustín Delgado y otros, y por Poniente con las del D. Domingo Martín, camino de la Carnicería y vereda del Señor, y tienen de cabida 47 fanegadas, 11 almudes y 13 brazas y dos tercias:

Resultando que con fecha 5 de Enero de 1883, previo acto conciliatorio con los actuales demandados y con otras 37 personas más sin avenencia, D. José de Ponte y Llarena, en los autos incoados por D. Ignacio Llarena y Franchy, continuados por D. Fernando Llarena y por D. José de Zárate contra los sucesores de Juan González y Salvador Hernández para cobro de las decursas del censo de 33 fanegas de trigo de pensión anual, reproduciendo dichos autos, dedujo la demanda de los presentes contra D. Francisco Hernández Delgado, D. Juan Hernández Perero y D. Antonio Hernández García, solicitando se declarase el comiso de la porción de terreno que poseían en el predio censido, condenándolos en consecuencia á entregarle dicha porción de terreno y al pago de las costas; y cuando á esto no hubiere lugar, condenarlos á pagarle las pensiones vencidas del censo de las 33 fanegas de trigo desde el año 1878 inclusive hasta el que corría, ó su equivalencia en dinero, con todas las costas del juicio; alegando el demandante en apoyo de esas pretensiones, que la constitución del censo de las 55 fanegas de trigo de pensión anual, conforme á la escritura de 1539, diciendo constar así de ella, y que de la misma se tomó razón en el año 1789, al folio 12 del cuaderno correspondiente á la Matanza; consignándose al margen de este punto de hecho en el apuntamiento formado en la Audiencia, la indicación de los folios 340 y 351 de la primera pieza, como lugar en que se hallaban dicha escritura y dicho asiento; que al fallecimiento de D. Francisco Benítez de Lugo se verificó la partición de sus bienes entre su mujer é hijos, adjudicándose á uno de estos, D. Bartolomé Benitez de Lugo, las tres quintas partes del citado censo que habían de pagar Juan González y Salvador Hernández, y ascendían á 33 fanegas de pensión, como lo acreditaba el testimonio de la referida partición, expedido por el Escribano público D. Lorenzo Beltrán Ramírez y cotejado con su original, previa citación contraria; señalándose en el apuntamiento respectivamente los folios 354 vuelto y 364 vuelto de dicha primera pieza; que el Licenciado D. Bartolomé de Fonseca, en concepto de héredero de su sobrino D. Bartolomé Benítez de Lugo, en su testamento cerrado de 16 de Abril de 1569, fundó una capellanía de misas en la iglesia de Nuestra Señora de los Remedios de la ciudad de la Laguna, dotándola con la porción que del censo expresado se le adjudicó á su causante el D. Bartolomé Benítez de Lugo en la mencionada partición, según aparecía de la certificación expedida por el Escribano público D. Juan Antonio Pinedo

y de la que se tomó razón, indicándose en el apuntamiento los folios 9 vuelto y 13 de la misma pieza primera; que D. Ignacio Llarena y Franchy, Capellán de dicha piadosa fundación, entabló para la cobranza de los atrasos del censo dos ejecuciones, que fueron despachadas en 8 de Noviembre de 1817 y 28 de Octubre de 1828; más tarde su heredero D. Fernando de Llarena promovió con el propio objeto otra ejecución, que se despachó en 1.º de Septiembre de 1857, y posteriormente D. José de Zárate, en representación de su hijo menor D. Francisco, último Capellán, entabló demanda ordinaria con el mismo objeto contra los poseedores del predio afecto al censo de las 33 fanegas de trigo, parte de las 55, demanda que se paralizó, porque muchos de los censatarios, después de reconocer el censo y avenirse al pago en el acto de conciliación celebrado en 13 de Mayo de 1867, y en el escrito que bajo su firma presentaron en 4 de Julio del mismo año, satisficieron todo lo que adeudaban con las costas; fijándose en el apuntamiento, en cuanto á los hechos indicados, los folios 4, 118, 31, 118, 311, 383, 434, 389, y 412 de la repetida primera pieza; refirió después la adjudicación á su favor como libres, por la sentencia de 4 de Diciembre de 1871, de los bienes de la fundación de Fonseca, y la inscripción en el Registro de la propiedad del censo de las 33 fanegas, parte del de 55, por el procedimiento establecido en los Reales decretos de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875, según consta de los documentos que producía, á los que el apuntamiento asigna los folios 3, 6, 9, 11, 13 y 17 de la segunda pieza; que la otra parte del repetido censo de las 55 fanegas, consistente en 22 fanegas, pasó á dotar el patronato fundado por el Maestre de campo Don Domingo Rizo de Lugo, y fué reconocido por los sucesores de Salvador Hernández, como poseedores de la finca censida, en escritura ante el Escribano público de la Orotava Diego de Paz, fecha 2 de Abril de 1652, según aparecía del testimonio que acompañaba, folio 18 de la segunda pieza, según el apuntamiento; y que persuadidos los demandados y demás poseedores del predio censido de que á él, en virtud de los títulos legítimos referidos, le pertenecían las tres quintas partes del censo de las 55 fanegas, ó fuesen 33 fanegas, habían venido pagándole algunas cantidades hasta 1877, pero desde esa fecha se habían negado arbitrariamente al pago:

Resultando que D. Francisco Hernández y Delgado contestó á la demanda, pidiendo se le tuviera por allanado al pago de la prorrata que en el censo adeudaba y se diera por continuada la contienda respecto á él, sin imposición de costas, para lo cual aceptó los hechos de la demanda, menos el último, agregando que poseía en el predio censido un pequeño trozo de 6 celemines y 100 brazas que compró á D. Francisco Luna, vecino de Santa Cruz, en escritura de 22 de Enero de 1860, con la pensión de 4 almudes y 8 cuartos de trigo en el censo reclamado, la que había venido pagando hasta 1872, y no desde entonces, porque después del fallecimiento del último Capellán, D. Francisco de Zárate, el único poseedor legítimo había sido el demandante, en virtud de la sentencia de adjudicación de Diciembre de 1871, pero hasta 1882 no llegó á inscribirlo á su nombre, sin cuyo requisito no podia reclamar; y él, que no concurrió al acto conciliatorio por llevar tres años enfermo en cama, si hubiera asistido, se habría avenido, como ahora se avenía, al pago de lo que adeudaba:

Resultando que D. Juan Hernández Perero y D. Antonio Hernández García se opusieron á la demanda, suplicando que, teniéndose por impugnados expresamente algunos de los documentos producidos de contrario, se les absolviera de dicha demanda, con imposición de perpetuo silencio

y de las costas del juicio al demandante, declarándose, caso necesario, nula é ineficaz la escritura que se decía censual, y sin origen ni causa en ella ni en los demás documentos citados el censo que hoy pretendía el actor, para lo cual alegaron: que no existía escritura ni documento alguno que probara la constitución del censo que se suponía establecido por D. Francisco Benítez de Lugo, puesto que de las copias obrantes en autos constaba que dicha escritura ó documento no se hallaba autorizado por el funcionario ante quien se decía pasó, ni se había comprobado ni podido comprobarse con la declaración de dicho Escribano y de los testigos si las partes llegaron á perfeccionar y consumar el contrato á que el mismo se refería; que también de dicha escritura constaba que el protocolo ó matriz no se hallaba firmado por el Escribano otorgante; que aun suponiendo exacto todo lo relacionado en la indicada escritura censual y exigible la obligación por ella contraída, no constaba que los hermanos de D. Francisco Benítez de Lugo hicieran la partición del susodicho tributo, antes por el contrario, aparecía que tal partición no llegó á efectuarse puesto que, según el testimonio del folio 357, los hijos de Don Francisco y su mujer dividieron la pensión total en dos partes por lo menos, una de 33 fanegas de trigo, que se sostiene se adjudicó á su hijo D. Bartolomé, y la otra de 22, sin determinar qué parte del predio censido debía solventar aquella prorrata y cuál esta última; que suponiéndose heredero del D. Bartolomé Benítez de Lugo, su tío D. Bartolomé de Fonseca fundó una capellanía laical, que dotó en parte con 31 fanegas y celemines, manifestando en el documento fundacional que la expresada prorrata correspondía al censo de las 55 fanegas, las que hubo de su sobrino, sin que constara en los autos ni en los nuevamente incoados el documento que acreditara la afirmación del D. Bartolomé de Fonseca de ser heredero de su sobrino, sucesión rara, puesto que éste tenía hermanos, como lo demostraba el referido testimonio de la partición; que los precitados documentos, que nada demostraban, unos por no haberse otorgado y otros por haber venido á los autos sin citación de los contestantes, patentizaban el ningún derecho que Fonseca tenía al tributo de las 55 fanegas de trigo y les obligaban á no tenerlos por legítimos, por lo cual, para que no les perjudicaran, los impugnaban expresamente por no considerarlos auténticos, y caso de serlo, por no estar conformes con sus matrices; que D. Ignacio de Llarena y Franchy, con el carácter de Capellán de la expresada fundación, entabló en 1817 contra los herederos de Salvador Hernández y Juan González ejecución, folio 1.º de los autos antiguos, en la que pidió y obtuvo la adjudicación de las partes del predio censido embargadas al efecto, las cuales se amojonaron y separaron de las que no fueron perseguidas, reuniéndose, por tanto, en su persona parte del dominio útil con el directo del predio dado en enfiteusis; que en los propios autos, olvidando dicha adjudicación reclamó D. José de Zárate, como representante legal de su hijo, las pensiones del censo de las 33 fanegas, conviniendo con los supuestos censatarios, folio 434, en percibir la prorrata que á cada uno correspondía satisfacer, sin hacer reserva ni protesta ninguna respecto á la solidaridad de la obligación censual: que Xuárez de la Guardia pidió y obtuvo la inscripción de un censo de pensión de 33 fanegas de trigo á favor de D. José de Ponte y Llarena, suponiendo para ello que era parte de las 55 fanegas del canon, constando de la certificación expedida por el Registrador de la propiedad que la cabida del terreno censido cuya inscripción se hizo era de 47 fanegas, 11 almudes y 13 brazas y dos tercios, y que los linderos actuales del mismo eran por arriba camino de San Cristóbal, por abajo barranco del Coto y tierras de D. Domingo Martín Gutiérrez, por Oriente las de éste;

y por el Poniente las de D. Ramón Pérez Blas, D. Agustín Delgado y otros, y olvidando que el censo pertenecía al patronato fundado, no por Bartolomé de Fonseca, sino por éste juntamente con Juan Xuárez Gallinato; que comparando la extensión superficial referida y los linderos expresados con los que resultaban de la escritura censual, se observaba que, siendo el predio censido de 100 fanegas de tierra, debían tributar con la pensión de 33 las tres quintas partes de aquél, que eran 60 fanegas, y que el nuevo predio, formado á capricho, no tenía por lindero sino uno de los de la escritura censual, pudiéndose asegurar que los censatarios demandados en el acto conciliatorio no poseían fincas en un cuerpo que limitara por abajo con el barranco expresado y tierra de Don Domingo Martín Gutiérrez, ni por el Este con las de D. Agustín Delgado, ni tampoco con las gravadas con la pensión de las 22 fanegas, que en la demanda se aseguraba que pasaron á dotar el patronato fundado por D. Domingo Rizo de Lugo; que en el juicio verbal de 1879, al demandar Xuárez de la Guardia con el carácter de administrador judicial á D. Juan Hernández Perero las anualidades de la prorrata que le correspondía por los terrenos que disfrutaba enclavados sobre el antedicho feudo, tampoco hizo reserva alguna de la solidaridad de la obligación; que en la certificación presentada al replicar en dicho juicio, y obrante ahora al folio 18 de los autos corrientes, constaba, no sólo la copia censual, sino también la absolución de uno de los censatarios, demandado por el supuesto censo de las 33 fanegas de trigo; y que no obstante todo lo expuesto, D. José de Ponte y Llarena había entablado contra los contestantes demanda ordinaria, encaminada á obtener el comiso de las porciones que poseían dentro del predio censido, y cuando no, que se les condenara al pago de la pensión de 33 fanegas de trigo desde 1878 hasta el día de la fecha, demanda que además dirigió contra D. Francisco Hernández Delgado, omitiendo en ella á los demás censatarios citados para el acto conciliatorio:

Resultando que el actor, al replicar, insistió en las pretensiones de la demanda, haciendo extensiva á D. Juan Hernández Perero, en representación de su mujer Doña Carlota Luna, entendiéndose que la condena al pago de las pensiones que había de hacerse, en el caso de no tener lugar el comiso, comprendiera desde el año 1867 inclusive; y adicionando á sus anteriores alegaciones: que aun cuando la escritura de 1539 no estaba signada y firmada por el Escribano autorizante Rui García de Estrada, lo estaba el protocolo que contenía su original, conforme á la costumbre establecida para la validez y eficacia de los documentos públicos en la expresada época, siendo de notar que el contrato en ella contenido había surtido siempre sus efectos sin oposición de las partes que en él intervinieron; que los censualistas habían venido poseyendo constantemente el censo de las 33 fanegas de trigo de pensión anual, que afectaba al predio inscrito en el Registro de la propiedad como parte del deslindado en la escritura censual desde principios de este siglo, desde 1817, y aun desde antes, hasta 1877, según constaba en autos, de las reclamaciones judiciales y pagos hechos por los dueños del dominio útil, entre quienes figuraban los demandados; y que si bien el actor había cobrado de los censatarios algunas cantidades por cuenta de las pensiones del censo hasta el año 1877, no habían satisfecho éstos el total de su adeudo de 1867 inclusive:

Resultando que al duplicar los demandados D. Juan Hernández Perero y D. Antonio Hernández García, insistieron también en lo solicitado en su contestación á la demanda, agregando á lo allí expuesto: que ni ellos ni las personas demandadas en el acto conciliatorio de 17 de Agosto

de 1882 poseían finca alguna dentro de los límites que daba al predio censido la certificación del Registrador de la propiedad, pues si bien tenían una en Asentejo, jurisdicción de Matanza, no tenía por lindero de arriba el camino de San Cristóbal, limitando: por abajo, el barranco del Verde; por el Naciente, con tierras de los herederos de D. Miguel Alonso Ancheta, de D. Ramón Pérez Blas y de D. Salvador y D. José Hernández Perero, y por Poniente, con la vereda del Señor, camino de la Carnicería y tierras de D. Domingo Martín Gutiérrez y otros; que de los supuestos mayores porcionistas llamados por edictos en el expediente de 1880 para la inscripción del referido censo, habían fallecido en aquella época los diez que mencionaron, expresando las fechas de su defunción, y otros de que no se ocupaban, por bastar con esos para lo que se proponían demostrar á su tiempo, que dentro del perímetro de los lados señalados á la finca que ellos poseían había otras propiedades pertenecientss á personas que no habían sido llamadas por edictos ni citadas personalmente para la inscripción del predio censido; y que las tierras que de éste se hallaban unidas ó continuas al camino de San Cristóbal, pertenecían á D. Francisco de Luna, y hoy, lo mismo que cuando se pretendió la inscripción del censo, correspondían á sus herederos:

Resultando que recibidos los autos á prueba, el actor, con el escrito en que propuso la suya, presentó un documento extendido en papel sellado, con fecha en el lugar de la Matanza á 29 de Mayo de 1823, suscrito por los hermanos D. Cristóbal y D. Antonio de Luna y cuatro testigos, y, según el cual, el D. Cristóbal, diciendo ser apoderado de D. Ignacio de Llarena y Franchy, vendió á su hermano D. Antonio tres pedacillos de tierra, el uno de almud y medio y 28 brazas, que poseían Francisco Espinosa y Rita Delgado y otros, lindante: por Naciente, con D. Francisco Pérez Blas; por Poniente, con terrenos de dichos dos hermanos Luna, y por arriba y abajo remataba en puntas que se unían al mismo terreno de ambos hermanos; otro de almud y medio y 82 brazas, que gozaban Manuel Casanova, Antonio Cabrera, Antonio, José y Cristóbal Reyes y otros consortes, y que lindaba por arriba, con camino de San Cristóbal; por abajo, con Antonio Bueno Pérez Blas; por Naciente, con Juan Espinosa, y por Poniente, con bienes propios de ambos hermanos Luna; los cuales pedazos de terreno le habían sido adjudicados con otros al D. Ignacio de Llarena y Franchy, en pago de las diversas de un censo de 31 fanegas y celemines de trigo afecto á la capellanía fundada por D. Bartolomé de Fonseca, de que era poseedor; y en virtud de autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia de San Cristóbal de la Laguna, Escribanía de D. Juan Antonio Pinedo, rebajándose del precio de los tres pedazos el capital de los cuatro almudos y tres cuartos de trigo que les correspondían anualmente:

Resultando que asimismo se presentó por el actor con dicho escrito una copia de escritura pública, otorgada en la villa de Orotava en 26 de Junio de 1837, de la que previo pago del impuesto de hipotecas, se tomó razón en la Contaduría de Censos de la Laguna en 19 de Julio siguiente, y por la cual, D. Ignacio de Llarena y Franchy, haciendo relación de que como Capellán de la fundada por D. Bartolomé de Fonseca, entabló ejecución por el tributo de las 33 fanegas de trigo de su dotación con que estaban gravados varios terrenos del lugar de la Matanza, reproduciendo la que siguió su apoderado D. Cristóbal de Luna, y que á la muerte de éste continuó él, en el Juzgado de la Laguna, Escribanía de Pinedo, y luego, por traslación del Juzgado á Santa Cruz, finalizaron por la de D. José Oliver, siéndole adjudicados por auto de 20 de Diciembre de 1836 varios trozos de terreno, de cuyo valor se dedujeron en

primer lugar 1.902 reales y 5 maravedises por principal de cuatro fanegas, siete celemines y cuatro cuartos de trigos que en prorrata les tocaban en proporción á las 47 fanegas, 11 almudes y 13 brazas y dos tercios de que se componía el predio afecto á las 33 fanegas de trigo del censo por que se reclamaba; y en segundo lugar, se descontaron 392 reales 22 maravedises por la décima que correspondía al señor del dominio directo; tomándose razón de la adjudicación en la Contaduría de Censos de la Laguna en 5 de Enero de aquel año, dándosele posesión en 23 del mismo mes; y como tal dueño de tales terrenos vendió á Don Antonio de Luna, á D. Ramón Pérez Blas y á D. José Domingo Hernández García los terrenos más adelante especificados para cada uno situados en el lugar de la Matanza, en la demarcación y dentro de la data de que se pagabá el tributo enfitéutico, con tanto y décima de 33 fanegas de trigo anuales, siendo los linderos de todo lo vendido, por el Norte, terrenos del difunto D. Antonio del Castillo y otros de D. Antonio Hernández Perero; por el Poniente, tierras de D. Antonio Moreno y callejón de la Carnecería; por abajo, barranco del Verde; y por arriba, camino viejo de San Cristóbal, de cuyo precio se dedujo el capital del tributo que en prorrata les correspondía, y no las décimas, por corresponder al mismo vendedor, quedando obligados los compradores á pagar anualmente por las fincas que adquirían, conforme á la escritura censual, D. Antonio de Luna, tres fanegas, 10 almudes y 10 cuartos y medio de trigo; D. Ramón Pérez Blas, siete celemines, 10 cuartos y un tercio, y D. José Domingo Hernández García, nueve celemines y dos cuartos; todo en prorrata de las 33 fanegas de trigo del mencionado censo; pago que harían al vendedor D. Ignacio de Llarena y Franchy, como actual Capellán, y lo mismo ejecutarían con el que fuese en adelante, á cuyo fin hacían el reconocimiento más formal que por derecho se requiriera, porque se hallaban, según habían manifestado, bien impuestos de la escritura censual:

Resultando que en el repetido escrito, el actor propuso además prueba de confesión en juicio y la de declaración de cierto Notario jubilado, acordándose la práctica de ambos particulares, que no llegó á efectuarse; y que los demandados D. Juan Hernández Perero y D. Antonio Hernández García dirigieron posiciones al actor, que contestó ser cierto que ignoraba los linderos, tanto los antiguos como los actuales, del predio afecto al censo de las 33 fanegas de trigo, ignorando también si el censo inscrito á nombre del declarante en el Registro de la propiedad por Don Juan Xuárez de la Guardia era ó no el constituído por D. Francisco Benítez; no sabiendo tampoco quiénes eran las personas que poseían el predio que aseguraba estar afecto á la pensión de las 33 fanegas, desconociendo también la situación, linderos y cabida del predio, que en la demanda se decía estar afecto al pago de las 22 fanegas de trigo de pensión, pieza dotal del patronato fundado por el Maestre de campo D. Domingo Rizo de Lugo; ignorando asimismo si estaban contiguos á los afectos al censo reclamado; constándole que éste fué fundado por D. Bartolomé de Fonseca y D. Juan Xuárez Gallinato, y nunca había tenido él la posesión ni la cuasiposesión de dicho censo reclamado, por haber estado en litigio el patronato á que pertenecía; que vendió dicho censo reclamado de 33 fanegas de trigo antes de 1.º de Enero de 1883 á D. Juan Xuárez de la Guardia, por escritura ante el Notario D. Nicolás Hernández, á condición de seguir el litigio hasta que estuviera al corriente el censo, no obstante lo cual, Xuárez de la Guardia era quien había gestionado en el asunto y quien podría contestar, y así lo solicitaba, á la pregunta de que las personas llamadas por edictos para la inscripción no eran

los únicos censatarios, y de que algunas de ellas habían fallecido antes del llamamiento; y que una vez hecha la venta, no pensó en reclamar la pensión á los censatarios, y no tuvo por tanto necesidad de hacerles saber que él era dueño del censo:

Resultando que suministrada además por los demandados Hernández Perero y Hernández García prueba documental y de testigos, que fueron repreguntados por el actor, evacuados los traslados de conclusiones, y hecho constar por diligencia haber fallecido D. Francisco Hernández Delgado y D. Antonio Hernández García, presentó el actor D. José de Ponte y Llarena, con fecha 15 de Septiembre de 1887, escrito, manifestando que dicho demandado Hernández Delgado reconoció el censo y se comprometió á pagar el canon que debiera hasta la fecha de la demanda, en su escrito de 28 de Marzo de 1883, en que se ordenó se ratificara, pagándole después lo que debía, sin que, por tanto, llegara á ratificarse ni contra él se continuara el procedimiento por ser ya innecesario y supérfluo, y en tal razón lo separaba y apartaba de su demanda á fin de que no se hiciera respecto del mismo pronunciamiento alguno favorable ni perjudicial; sin que por esto se entendiera que los otros dos demandados dejaran de estar obligados en iguales términos que si tal separación no hubiese tenido lugar, puesto que se trataba de un censo que, como carga real, pesaba sobre todas y cada una de las partes del predio afecto, que respondían del canon total; y previa ratificación del actor en el referido escrito, se le tuvo por separado de la demanda en cuanto á D. Francisco Hernández Delgado por providencia de 5 de Noviembre de dicho año:

Resultando que citados personalmente los herederos de D. Juan Hernández García, que no comparecieron, el Juzgado, en 22 de Marzo de 1890, pronunció sentencia absolviendo libremente á los demandados D. Juan Hernández Perero y D. Antonio Hernández García de la demanda, y condenando á D. Francisco Hernández Delgado al pago de la prorrata de dicho censo, que por su escrito se comprometió y obligó á pagar, sin expresa condena de costas:

Resultando que interpuesta apelación de esta sentencia por D. José de Ponte y Llarena, compareció también entablándola D. Juan Xuárez de la Guardia, que acompañó á su escrito, copia, inscrita en el Registro de la propiedad, de escritura otorgada en la Orotava á 2 de Noviembre de 1874 ante el Notario D. Nicolás Hernández Escobar, por la cual el D. José de Ponte cedió al D. Juan Xuárez de la Guardia los derechos que le habían sido reconocidos á los bienes de la dotación del establecimiento del Licenciado Fonseca, dejando á salvo la parte que pudiera corresponder á los hermanos del D. José de Ponte, cediéndole también las decursas y corridos que á su parte correspondieran; y admitido el recurso y tramitada la segunda instancia, la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas dictó en 5 de Mayo de 1897 sentencia, absolviendo á D. Juan Hernández Perero y á D. Antonio Hernández García, hoy representados por sus herederos, de la demanda contra ambos formalizada en autos por D. José de Ponte y Llarena, y últimamente sostenida por su causahabiente D. Juan Xuárez de la Guardia, sin condenación especial de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Juan Xuárez de la Guardia ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, invocando en su apoyo los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y alegando los siguientes motivos:

Primero. Haber infringido la sentencia recurrida la ley 3.ª, tít. 14, Partida 1.ª, y la 28, tít. 8.º, Partida 5.ª, según la que, los censos se

constituyen legítimamente cuando se consignan en escritura pública, quedando por ella obligados los censatarios al pago de la pensión ó canon que se estipula, porque en el caso de autos, no sólo está acreditada la existencia de la escritura de constitución, autorizada en la forma que era costumbre hacerlo en tal época en aquella isla, sinó que además se han presentado otros documentos y escrituras públicas posteriores, relacionados en los antecedentes, y que vienen á confirmar y corregir de cualquier defecto de forma que pudiera contener la escritura de constitución:

Segundo. Haber infringido, por aplicación indebida y errónea interpretación, la ley 54, tít. 18, Partida 3.ª, que trata de cómo deben ser fechas las notas é las cartas de los Escribanos públicos; porque esta ley, de mero procedimiento, no contiene disposición alguna aplicable á los otorgantes, sino reglas á que en el cumplimiento de su misión deben ajustarse dichos Escribanos; y claro es que la infracción de esas reglas no puede afectar á los derechos de quienes por su parte cumplieron, haciendo el otorgamiento ante Escribano y testigos, como lo justifica la existencia en el protocolo del que autorizó la que motiva este recurso, pues los otorgantes no pueden ser responsables de las costumbres, corruptelas, omisiones ó defectos de pura forma que contengan las escrituras matrices, y así lo reconoce la ley de Partida, aplicando severas penas á los Escribanos que en tales faltas incurren:

Tercero. Haberse infringido la ley 111, tít. 18, Partida 3.ª, que expone las razones por que pueden ser desechadas las cartas con derecho que no sean valederas; determinando «*que si la roedura ó la letra fué fecha ó cambiada ó dejada por yerro del Escribano, ó fuere en otro lugar de la carta*, que no se cambie por y la razón, ó que no deba dudar de ella el juzgador ú otro ome sabio, que fuese fecho á mala parte, *decimos que non debe ser desechada* por enden»; porque este es el caso del recurso, pues la escritura de constitución del censo que el recurrente reclama, otorgada en 1539 por el Escribano Rui García de Estrada, y que en su matriz resulta con todos los requisitos legales, excepción hecha del signo y firma del autorizante, suplidos al final del registro ó protocolo, no puede ser desechada en juicio al efecto de acreditar la constitución de dicho censo enfitéutico, toda vez que aquella omisión, solamente imputable al Escribano, no puede perjudicar á los otorgantes que la autorizaron con los testigos presentes al acto:

Cuarto. Haber infringido asimismo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, por cuanto si es uniforme en exigir que el censo se celebre en escritura pública, lo es también en reconocer que pueda igualmente acreditarse su existencia por otro medio legítimo de justificación, como lo declaran las sentencias de 10 de Diciembre de 1858, 9 de Marzo de 1861, 9 de Abril de 1864, 26 de Febrero de 1867 y 5 de Diciembre de 1868, y de acuerdo y conformidad con ésta, la de 10 de Noviembre de 1860, después de repetir que, con arreglo á las leyes de Partida, el contrato de censo enfitéutico ha de formalizarse en escritura pública, añade que ninguna ley se opone á que se pruebe su existencia por la posesión inmemorial, que según las leyes y la doctrina legal equivale á título; toda vez que en el caso actual no sólo se acredita la existencia del censo y su posesión por espacio de más de tres siglos por el recurrente y sus causantes con la escritura otorgada en 1539, sino con las escrituras y reclamaciones judiciales posteriores de que va hecha relación en los antecedentes, y de las cuales ha prescindido en absoluto la Sala sentenciadora, sin tener en cuenta que durante trescientos cincuenta y ocho años jamás se ha hecho reclamación ni se ha desconocido por los censatarios

la existencia del censo, y antes al contrario, han sido ejecutados judicialmente en repetidas ocasiones para el pago de las pensiones, sin haber hecho oposición alguna en el sentido en que ahora han venido á hacerla los recurridos, desconociendo tan larga posesión á través de los siglos; siendo además de observar que de los tres censatarios primeramente demandados, uno de ellos, D. Francisco Hernández Delgado, ha reconocido la certeza del gravamen, conviniéndose á pagar su parte; y aun los otros dos poco tiempo antes reconocieron judicialmente sus obligaciones como tales censatarios, persuadidos de la permanencia y legitimidad del censo, que pagaron con las costas causadas; no habiendo tenido en cuenta tampoco el Tribunal sentenciador que obran en autos las primeras copias de las escrituras que se celebraron por remate de los predios gravados con el repetido censo, de los cuales documentos aparece que se rebajó en el aprecio de los terrenos la parte correspondiente á la pensión censual; predios que, rebajado el capital del censo, poseen los propios demandados, que á pesar de este acto tan personal y evidente de reconocimiento, se oponen hoy al pago que se les reclama:

Quinto. Haberse infringido igualmente la sentencia de 18 de Marzo de 1865, que de acuerdo con las citadas en el motivo anterior, declaró que, según lo dispuesto en la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, «toda carta que sea fecha por mano de escribano en que haya escrito los nombres de los testigos, *á lo menos*, é el día é el mes, é la era en que fué fecha, vale para probar lo que en ella digere, *non habiendo en ella alguna de las falsedades* ó menguas que mencionan las leyes»; pues esta suprema resolución reconoce en absoluto fuerza y vigor, contra lo resuelto por la Sala sentenciadora, á las escrituras que, como la de 1539 antes citada, contiene los requisitos necesarios para justificar la existencia del contrato, sin mencionar causas de informalidad, sólo imputables, si en efecto hubieran existido, al Escribano encargado y responsable de extenderlas con arreglo á derecho, sosteniendo igual doctrina la sentencia de 12 de Marzo de 1867; y por consiguiente, aun suponiendo, como supone la recurrida. que la escritura de 1539 no mereciese otra consideración que la de documento privado, no obstante hallarse protocolada en el del Notario que la autorizó, y que, por tanto, no acreditase la existencia de la escritura, esto mismo vendría á justificar la procedencia de la prueba relativa á la posesión inmemorial como título de dominio, y no podría desecharse el contenido de aquel pretendido documento privado como elemento de prueba, que unido á los demás aportados por esta parte, justificarían plenamente la existencia del censo que niega la sentencia recurrida; y

Sexto. Error de hecho en que ha incurrido la Sala sentenciadora, al no estimar probado: primero, que D. Francisco Benítez, por sí y en representación de D. Pedro del mismo apellido, de D. Alonso Fernández de Lugo, de D. Juan Benítez Pereira y de D. Diego Benítez Suazo, dió á censo enfitéutico á D. Juan González Verde y Salvador Hernández unas tierras situadas en el término de Asentejo, hoy jurisdicción de la Matanza, cuya cabida y linderos constan en autos, por la pensión anual de 55 fanegas de trigo, pagaderas mancomunada y solidariamente por el mes de Agosto, bajo condición de que no satisfaciéndose la pensión durante dos años consecutivos, incurrirían en la pena de comiso y pérdida de los bienes afectos, según consta de la escritura pública que pasó ante el Notario de la Orotava, del número de los de Canarias, Rui García de Estrada, en el año 1539, de que obra en autos testimonio, que fué razonado completamente en el año 1779 en el cuaderno de especiales de la Matanza; hecho corroborado con la copia de la escritura mencionada,

que no necesita requisito alguno para su validez, puesto que habiendo formado parte de un proceso, se estimó auténtica y de su valor no dudaron los demandados de entonces, de quien precisamente traen causa los de hoy; segundo, que al fallecimiento de D. Francisco Benítez de Lugo se llevó á cabo la partición de sus bienes entre su viuda é hijos, habiéndose adjudicado á D. Bartolomé Benítez de Lugo, uno de éstos, las tres quintas partes del censo antes nombrado, pagadero por Juan González Verde y Salvador Hernández, las que ascendían á 33 fanegas de trigo de pensión; demostrado con el testimonio de esa partición obrante en autos y cotejado con su original, previa citación contraria; tercero, que el Licenciado D. Bartolomé de Fonseca, como heredero de su sobrino D. Bartolomé Benítez de Lugo, hizo testamento cerrado en 16 de Abril de 1569, en el que fundó una capellanía de misas para la iglesia parroquial de los Remedios de la ciudad de Orotava, dotándola en parte con el censo que había heredado de su sobrino D. Bartolomé, y que éste adquirió por el título antes relacionado; hecho justificado cumplidamente por la certificación expedida por el Escribano público D. Antonio Pinedo, y además por la sentencia ejecutoria en que se adjudicaran á D. José de Ponte y Llarena, en concepto de libres, los bienes que constituían su patrimonio; cuarto, que D. Ignacio Llarena y Franchy entabló dos ejecuciones para la cobranza de los atrasos del censo, despachadas en 8 de Noviembre de 1817 y 28 de Octubre de 1828; que más tarde su hermano D. Francisco Llarena, heredero suyo, promovió otra ejecución con el mismo objeto, y fué desechada en 1.º de Septiembre de 1857 y que, por último, D. José de Zárate y Morales, último Capellán, entabló demanda ordinaria contra los llevadores del terreno obligado á las 33 fanegas, parte de las 55 primitivas, demanda que se paralizó sin ulteriores diligencias, porque los censatarios satisficieron todo lo que adeudaban y las costas, no sin reconocer antes la existencia del censo y avenirse al pago en acto conciliatorio celebrado en la Matanza el 13 de Mayo de 1867, y en escrito presentado bajo su firma el día 4 de Julio del mismo año; quinto, que por muerte de D. Francisco Zárate y Morales, pidió y obtuvo á su favor D. José de Ponte y Llarena en el Juzgado de primera instancia de la Orotava la adjudicación como libres de los bienes dotales de la expresada capellanía, fundada por el Licenciado Fonseca, lo que se determinó en sentencia de 4 de Diciembre de 1870, que causó ejecutoria; hecho acreditado por medio de certificación, que no fué impugnada por la parte contraria á quien perjudica; sexto, que dueño ya D. José Ponte y Llarena de la capellanía á que corresponden las 33 fanegas de trigo de pensión, ó sean las tres quintas partes de 55 de la misma especie, solicitó su inscripción por el procedimiento establecido por los Reales decretos de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875, la que se llevó á efecto en el Registro de la propiedad del partido judicial de Orotava, previas las formalidades exigidas por dichos Reales decretos, y obra al folio, tomo y libro y bajo el número de orden que expresa la nota puesta al pie de la certificación que obra en autos, y que no ha sido impugnada de contrario; séptimo, que la otra parte de dicho censo de 55 fanegas de trigo, consistente en 22 fanegas, pasó á dotar el patronato fundado por el Maestre de campo D. Domingo Rizo de Lugo, y fué reconocido por los sucesores de Salvador Hernández, como poseedores de la finca censida; hecho probado por testimonio acompañado á la demanda y no impugnado de contrario; octavo, que persuadidos los demandados y demás poseedores del predio censido de que á D. José Ponte Llarena pertenecian las tres quintas partes del censo de 55 fanegas de trigo, ó sean 33 fanegas, le pagaron algunas cantidades hasta el

año 1877 (así dice); y que habiéndose negado posteriormente á ello, se vió precisado Ponte á promover contra aquéllos acto conciliatorio, celebrado sin avenencia en la Matanza el dia 13 de Mayo de 1877 (sic), porque así consta de la certificación oportuna obrante en autos; noveno, que aun cuando la escritura de imposición del censo de las 55 fanegas de trigo de pensión en el año 1539 no se halla signada ni firmada por el Escribano otorgante Rui García de Estrada, lo está el protocolo que contiene su original, conforme á la costumbre establecida para la validez y eficacia de los documentos públicos en la expresada época; y que además, el contrato contraído en aquélla ha surtido siempre sus efectos, sin oposición de las partes que en él intervinieron; décimo, que los censualistas han venido poseyendo constantemente el censo de las 33 fanegas que gravan el predio inscrito en el Registro, como parte del deslindado en la censual desde el año 1867, y aun antes, hasta el de 1877, según consta en autos de las reclamaciones judiciales de los señores del dominio directo y de pagos hechos por los dueños del útil, entre quienes figuran los demandados; hecho que demuestra, aparte de varias diligencias practicadas sobre posesión, identificación del predio y otras que constan en autos, el que uno de los demandados, al contestar á la demanda, reconoció claramente la existencia del censo, si bien solicitaba se le absolviese de la demanda; y undécimo, que si bien D. José de Ponte cobró algunas cantidades de los censatarios hasta el año 1877, por cuenta de las pensiones del mencionado censo, no han satisfecho éstos el pago de su adeudo desde dicho año; hecho probado por las manifestaciones que los mismos demandados hicieron al pretender demostrar que en toda época habían estado exentos de esa obligación; pues la Sala sentenciadora se limita á fijar en sus resultandos que, iniciado el pleito por la correspondiente demanda, se presentó con ésta por el actor, entre otros documentos, sin decir cuáles, la escritura constitutiva del censo; que los demandados contestaron alegando lo que estimaron conveniente; que actor y demandado duplicaron y replicaron, y en otro resultando añade que, recibido el pleito á prueba, se practicó toda la que los interesados creyeron conveniente, pero ni dice cuál fué, ni menos el resultado de la misma; manera de la cual es imposible formar juicio exacto, ni siquiera aproximado, del derecho de cada parte, toda vez que en la sentencia no constan los puntos de hecho debatidos por los litigantes, ni se mencionan los documentos por ellos aportados al juicio, ni se aprecia el valor de los mismos; error gravísimo, puesto que en definitiva en esos documentos ha de afianzarse la validez ó nulidad de los derechos que se litigan; habiéndose cometido también error de derecho en los considerandos de la sentencia recurrida, porque dejando de tener presente el resultado y concepto de aquellos documentos y antecedentes, de los que ni siquiera se hace mención en la sentencia, no ha podido la Sala sentenciadora establecer derecho alguno respecto á la constitución del censo de que se trata, en relación con los elementos justificativos de las referidas pruebas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que si bien es obligado reconocer la legitimidad y subsistencia del censo enfitéutico de que se trata, á cuyo fin se dirigen los cinco primeros motivos del recurso, por cuanto fué constituído ante Escribano y testigos, consignado en la escritura pública de 19 de Septiembre de 1539, y reconocido por los censualistas en el transcurso de tres siglos, sin que esto supuesto, pueda obstar á la validez y eficacia de la constitución del censo la circunstancia de no hallarse autorizada la escritura al pie de ella por el Escribano de la Orotava, del número de los

de Canarias, Rui García de Estrada, que la otorgó é incluyó en su protocolo, por ser estilo y costumbre en aquel lugar y en dicha época que los Escribanos dieran fe con signo y firma al final del Registro de cada año, como aquí se hizo, de las escrituras en él contenidas, y no es dable estimar que por semejante costumbre, siquiera constituya una corruptela imputable sólo á los funcionarios que la adoptaron, quedasen sin efecto cuantos derechos se crearon en aquellas islas al amparo de la fe pública en los instrumentos de tal modo autorizados, y que han sido reconocidos de tiempo inmemorial, es lo cierto que no procede la casación de la sentencia reclamada, en cuanto absuelve á los recurridos del pago de las pensiones de dicho censo, porque habiendo estimado la Sala sentenciadora que no está justificado, ni se sabe cuál sea la finca censida, ni quiénes sean hoy sus poseedores, semejante afirmación de hecho sólo ha podido combatirse de la manera especial que señala el núm. 7.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y ninguno de los documentos que se enumeran en el motivo 6.º del recurso se refieren á este punto concreto y fundamental de dicha sentencia, ni ellos revelan el error de hecho que con relación á este extremo se la atribuye;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Xuárez de la Guardia, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de las Palmas la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda. =Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 7 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 47.—TRIBUNAL SUPREMO.—8 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Devolución de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Antonio Roda contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, en pleito con Doña Eleonor Elena Bech.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que no se infringe el núm. 2.º del art. 1261 del Código civil, reconociendo la validez de un contrato con objeto cierto como materia del mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Febrero de 1899, en los autos declarativos de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Magdalena de la ciudad de Sevilla y la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio, en virtud de demanda de D. Antonio Roda Castilla, jornalero, vecino de dicha ciudad, contra Doña Eleonor Elena Bech y Leiwis, propietaria, también vecina de Sevilla, sobre devolución de 6.750 pesetas é indemnización de daños y perjuicios; pleito

pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el demandante, á quien representa el Procurador D. Pedro Ramírez y González y defiende el Letrado D. Manuel Guijarro; sin que haya comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que por documento firmado ante tres testigos en 17 de Mayo de 1889, Doña Eleonor Elena Bech cedió en precio de 13.500 pesetas que confesó recibir en aquel acto, á D. Antonio Roda Castilla los derechos que pudiera tener á los zafreros de la mina *Hoppensac,* como dueña exclusiva de ésta, estipulándose, entre otras condiciones, que la vendedora no quedaba obligada por ningún concepto á sanear al comprador, por tener éste bastante conocimiento del derecho que le cedía, y constituyéndose, por tanto, dicho comprador en único responsable de cualquier reclamación que pudieran intentar los dueños del terreno donde están situados los zafreros ó alguna otra persona:

Resultando que en virtud de este convenio procedió D. Antonio Roda al aprovechamiento de los zafreros; y algún tiempo después, ó sea en Marzo de 1890, D. Cándido Moreno, como dueño del terreno en que radicaba la mencionada mina *Hoppensac*, denunció al Gobernador civil de la provincia los trabajos de Roda, instruyéndose con tal motivo el oportuno expediente gubernativo, que terminó por Real orden de 29 de Octubre de 1890, declaratoria del perfecto derecho del denunciante Moreno para explotar como suyos los zafreros en cuestión, desestimando la pretensión del D. Antonio Roda respecto del aprovechamiento de los mismos:

Resultando que fundado en estos antecedentes, y después de obtener los beneficios de pobreza, promovió D. Antonio Roda Castilla en Junio de 1896 demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra Doña Eleonor Elena Bech, solicitando se la condenase á que devuelva al actor 6.750 pesetas que recibió en pago de los zafreros que como de su propiedad le vendió, con el abono de los daños y perjuicios sufridos por su causa, y las costas, aduciendo como hechos, además de los ya relacionados: que el documento de 17 de Mayo de 1889 contenía un verdadero contrato de compraventa; que si bien en el acto de su otorgamiento confesaba la vendedora haber recibido el precio total de 13.500 pesetas, la verdad es que el actor sólo le había entregado la mitad, ó sean 6.750; y, por último, que al venderle la demandada unos zafreros que no la pertenecían, irrogó al actor irreparables perjuicios, que en su día se graduarán oportunamente:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Eleonor Elena Bech, la contestó solicitando se la absolviera de las pretensiones del actor, condenándole á perpetuo silencio y al pago de las costas, exponiendo en apoyo de su petición: que no es ciérto que el contrato celebrado con el demandante fuera de compraventa, pues lo que Doña Eleonor pactó con el D. Antonio fué la cesión de los derechos que aquélla pudiera tener en los zafreros como propietaria de la mina *Hoppensac,* cuyos derechos eran bastante conocidos del Roda, razón por la que éste aceptó en tales términos el contrato, renunciando expresamente al saneamiento, y consignándose en el referido contrato que cualquiera reclamación que pudiera hacerse por los dueños de los terrenos ó de alguna otra persona, sería de la exclusiva obligación del comprador salir á la defensa, sin que por ello pudiera reclamarse cosa alguna á la vendedora; que hacía cerca de un año que el Roda aprovechaba los zafreros cuando D. Cándido Moreno, dueño del terreno en que radica la mina, viéndose defraudado en las promesas que aquél le hiciera para conseguir su aquietamiento al comenzar la explotación, promovió expediente gubernativo,

que, sustanciado por sus trámites, fué resuelto en el sentido que expresa la Real orden de 29 de Octubre de 1890, sin que contra ella haya entablado Roda la demanda contencioso-administrativa que le concede la ley, ni se haya cuidado de noticiar á Doña Eleonor Elena Bech la reclamación entablada; que lo que se deduce de la expresada Real orden que puso fin al expediente gubernativo instado por el D. Cándido Moreno, es que se dió la contingencia prevista por ambas partes contratantes al celebrar el convenio de 17 de Mayo de 1889 y en vista de que esto pudiera suceder, y con exacto conocimiento de ello, se formuló entre ambas partes el compromiso de renunciar al saneamiento que pudiera derivarse de cualquiera reclamación que hicieran los dueños de los terrenos en que los citados zafreros radicaban; y que si Roda sufrió algún perjuicio, le sería imputable á él únicamente y nunca á Doña Eleonor, que se concretó á cederle los derechos que la pudieran pertenecer en los zafreros como dueña de la mina *Hoppensac*, y cuyos derechos en toda su extensión y probables contingencias conocía el cesionario mucho mejor que la vendedora, según el mismo expresa en el contrato que sirve de fundamento á la demanda:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes litigantes en sus respectivas pretensiones; y sustanciado el pleito en dos instancias, pronunció la Audiencia territorial de Sevilla, en 30 de Abril de 1898, sentencia confirmatoria de la del Juzgado, que absolvió á Doña Eleonor Elena Bech de la demanda que contra ella interpuso Don Antonio Roda Castilla, á quien se impone perpetuo silencio:

Resultando que D. Antonio Roda Castilla ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en el caso 1.º del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando haberse infringido el núm. 2.º del 1261 del Código, en cuanto la Sala sentenciadora reconoció la validez del contrato celebrado entre el recurrente y Doña Eleonor Elena Bech, siendo así que dicho contrato es nulo por carecer de objeto ó materia, puesto que los zafreros vendidos por la Doña Eleonor no eran de su propiedad, y sí de D. Cándido Moreno, según se declaró en el oportuno expediente gubernativo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que en la sentencia recurrida no se comete la infracción del art. 1261 del Código civil en el sentido que se alega en el único motivo admitido, porque Doña Eleonor Elena Bech cedió al recurrente por el contrato de 17 de Mayo de 1889 los derechos que la pudieran pertenecer en los zafreros como dueña de la mina *Hoppensac*, cuyos derechos, conocidos en toda su extención y probables contingencias por el cesionario, eran el objeto cierto y materia de dicho contrato, así aceptado por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Antonio Roda Castilla, á quien condenamos, si viniese á mejor fortuna, al pago de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará en su caso la aplicación prevenida en la ley; no hacemos especial imposición de costas, mediante haber comparecido sólo en este Tribunal Supremo la parte recurrente; y líbrese á la Audiencia territorial de Sevilla la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=

Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 8 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 48.—TRIBUNAL SUPREMO.—8 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Caducidad de la instancia.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Francisca Cahn contra el dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en incidente con D. Francisco Cahn.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que las resoluciones dictadas en incidentes, cuando no ponen término al pleito ó hacen imposible su continuación, no son susceptibles del recurso de casación, por no tener el concepto de definitivas, como previene el núm. 1.° del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que entablada demanda en Barcelona en 8 de Agosto de 1840 por la Junta de Beneficencia del Hospital de Manlleu contra Don Francisco Cahn, en reclamación de la herencia de D. Carlos Regas, se incoó juicio ordinario, que se entendió después, por fallecimiento de dicho demandado, con sus hijos y causahabientes, uno de ellos Doña Francisca Cahn y Torrá, casada con D. Antonio Casamor; llegando al trámite de dúplica, en cuyo estado quedó paralizado el año de 1882; habiéndose mandado, por providencia de 12 de Agosto, el llamamiento por edictos á algunos de dichos causahabientes y á los herederos de otro, y teniendo lugar la indicada publicación de edictos en el *Boletín* de aquella provincia y en la *Gaceta* de esta corte el 24 de los últimamente expresados mes y año:

Resultando que instado el curso del pleito por la parte actora en escrito de 10 de Octubre de 1896 y comunicado, á virtud de providencia del Juzgado del distrito del Parque de la mencionada ciudad de Barcelona, de 11 de Febrero de 1897, á la representación de Doña Francisca Cahn para que evacuara dicho traslado de dúplica, en vez de hacerlo así, formuló escrito de 18 de los propios mes y año, pidiendo la declaración de caducidad del mismo, la que fué desestimada por aquel Juzgado en auto de 31 de Mayo siguiente, así como por otro auto de 21 de Junio, confirmado en 4 de igual mes del 98 por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, se desestimó la súplica que dedujo la precitada parte contra la enunciada resolución:

Resultando que Doña Francisca Cahn y Torrá ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en varios motivos que alega, oponiéndose el Ministerio fiscal á que sea admitido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que las resoluciones dictadas en incidentes, cuando no ponen término al pleito ó hacen imposible su continuación, no son susceptibles del recurso de casación, por no tener el concepto de definitivas, como previene el núm. 1.° del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento

civil; en cuyo caso se encuentra la recurrida, puesto que la denegación de la caducidad de la instancia, pretendida sin éxito por Cahn, lejos de poner término al pleito promovido por la Junta de Beneficencia del Hospital de Manlleu, se dispone por ella su continuación, siendo, por tanto, inadmisible el recurso, según preceptúa el párrafo 3.° del art. 1729 de la citada ley de Enjuiciamiento;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por Doña Francisca Cahn y Torrá, á la que se condena al pago de las costas; devuélvase el depósito constituído por la mencionada parte recurrente; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Barcelona, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 8 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 49.—TRIBUNAL SUPREMO.—8 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Acción negatoria de servidumbre de luces.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Luisa y D. Domingo Garrido contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Leonardo Gomila.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que recibiendo una finca la luz por huecos no voladizos abiertos en pared propia, en tanto puede limitar el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente, en cuanto coartara á éste su facultad de edificar, impidiendo el acceso de la luz por los mencionados huecos, que es lo que caracteriza la servidumbre negativa, según el art. 533 del Código civil, y no en cuanto á que le obligara á dejar hacer alguna cosa á su vecino ó hacerla por sí, que es lo que caracteriza la positiva, según el propio artículo:

Que la doctrina anterior no se opone á la consignada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de Febrero y 5 de Mayo de 1896, porque la primera se dictó con relación al caso previsto en el art. 541 del Código civil, según el que, la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas, ha de considerarse, si se enajenare alguna, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente; y en la segunda se trataba de huecos abiertos en pared medianera ó común, de la cual, por lo tanto, ninguno de los propietarios podía disponer con exclusión ó sin el concurso del otro:

Que si bien la ley 15, tít. 31, Partida 3.ª, dispone que las servidumbres continuas, á cuya clase corresponde la de luz, se adquieren por la prescripción de diez ó veinte años, es doctrina de la jurisprudencia que el tiempo para computar estos términos corre en las positivas desde que comienzan á usarse, y en las negativas desde que el dueño del predio dominante impida al del predio sirviente hacer uso de su libertad, ó desde el acto obstativo de parte del primero, que es lo mismo que dispone el art. 538 del Código civil, sin otra novedad que la de establecer un sólo término, y éste de veinte años para la

prescripción adquisitiva de esta clase de gravámenes sobre la propiedad:

Que es improcedente el recurso en cuyos motivos se impugnan razonamientos de la sentencia que por ser hipotéticos no influyen en la parte dispositiva de la misma, y cuando aquéllos se basan en supuestos inexactos.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Febrero de 1899, en los autos de juicio ordinario de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, en virtud de demanda de D. Leonardo Gomila y Gamundi, Capitán de Infantería, de esta vecindad, contra D. José Garrido Sánchez, propietario; Doña Luisa Garrido Sánchez, soltera, mayor de edad, sin profesión; D. Domingo Garrido Sánchez, estudiante, y Doña Carmen Natalia Podio y Valero, viuda, y que ha sido declarada en rebeldía, vecinos los cuatro también de esta capital, sobre acción negatoria de servidumbre de luces; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que han interpuesto los demandados Doña Luisa y D. Domingo Garrido y Sánchez, representados y defendidos por el Procurador D. Mariano Vivar y Trigueros y el Licenciado D. Luis Silvela; habiendo comparecido la otra parte representada por el Procurador D. Luis García Ortega y defendida por el Licenciado D. Manuel Romero Girón:

Resultando que D. Leonardo Gomila Gamundi, previo acto de conciliación sin avenencia, presentó con fecha 15 de Abril de 1895 á repartimiento, correspondiendo al Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta capital, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Doña Luisa, D. José y D. Domingo Garrido Sánchez y Doña María del Carmen Natalia Podio y Valero, solicitando se declarase en definitiva; primero, el indiscutible derecho que el demandante tiene á la posesión y pleno dominio del solar, hoy en construcción, compuesto por los que ocuparon las casas números 4 antiguo y moderno de la calle Imperial, manzana 162, y 1 antiguo, 7 moderno y 2 novísimo de la propia manzana y calle, sin otra limitación ni gravamen que una luz ó carga del farol y sereno; segundo, que los demandados, dueños de la casa número 5 de la calle de Botoneras, no tienen derecho alguno para abrir huecos ni para mantener abiertos los que había en su pared medianera, por cuanto ni existe ni ha existido jamás servidumbre alguna de luces legalmente constituída á favor de su finca y contra la del demandante; tercero, que éste tiene derecho al abono de los gastos que se le han causado en los diversos juicios de interdicto promovidos, é igualmente á la indemnización de cuantos perjuicios se le hayan ocasionado con los mismos, bien por la paralización de las obras, bien por la destrucción de las ejecutadas; y cuarto, condenar á los demandados en las costas procesales:

Resultando que D. Eduardo Gomila, para apoyar las pretensiones deducidas, expuso como hechos: que adquirió por compra de Doña Carmen Natalia Podio y Valero y de Doña Pilar Natalia López Grado dos casas sitas en esta corte, señaladas con los núms. 4 de la calle Imperial, y 1 antigno, 7 moderno, de los Portales de Provincia, con vuelta á dicha calle Imperial, según consta en la escritura de compraventa otorgada á su favor en 11 de Julio de 1893, ante el Notario de esta corte D. Luis González y Martínez, cuyas fincas habían sido adquiridas por las vendedoras, la primera, por compra á Doña Valentina Velloni, Doña María Cruz, Doña Justa y Doña Concepción Goyti; y la segunda: por adjudi-

cación en pago de la legítima paterna, sin más gravamen que el de un capital de 4.000 reales por una luz ó carga de farol y sereno, y en tal concepto transmitidos al demandante, sin otra modificación que la anotación preventiva de una demanda entablada en el Juzgado de Oviedo, referente sólo á la segunda finca, habiéndose aquél conformado con la simple manifestación de las vendedoras por lo que á cargas de las fincas se refería; que la casa núm. 4 de la calle Imperial, á la que concretamente se refiere la demanda, linda por el Mediodía, en una línea de fachada de 7 metros 89 centímetros, con la calle Imperial; al Este, ó medianería de la derecha, en una línea de 5 metros 8 centímetros, con la casa núm. 2 moderno de la misma calle, con vuelta á los Portales de Provincia, ó sea con la otra casa adquirida también por el demandante; y en otra línea de 11 metros 70 centímetros, con la misma casa y la de los Portales de Provincia, núm. 18 antiguo y 3 moderno; á Poniente, medianería de la izquierda, en una línea de 5 metros 8 centímetros, con la casa núm. 6 de la calle Imperial, núm. 5 de la calle de Botoneras, y en otra línea de 5 metros 50 centímetros, con dicha casa núm. 5, calle de Botoneras, y la núm. 3 de la misma calle; y al Norte, ó medianería del testero, en una línea de 2 metros 50 centímetros, con la referida casa núm. 5, calle de Botoneras, y en otra línea de 3 metros 83 centímetros, con la núm. 3 de la calle de Gerona, midiendo el solar que ocupó la casa descrita 1.433 pies cuadrados de superficie y 32 centímetros del otro, es decir, que faltaba una parte, si bien pequeñísima de terreno, para completar el número de pies que aparecen de los títulos de adquisición; hallándose la planta baja de la finca descrita, casa núm. 4 de la calle Imperial, distribuída en soportal, portal, escalera, tienda y patio; cuyo patio, que en su total perímetro se hallaba comprendido dentro de la superficie que los títulos asignan á la mencionada casa, lindaba por uno de sus lados con la medianería de la casa núm. 5 de la calle de las Botoneras, y por otro, con la casa núm. 3 de la Plazuela de Provincia, y tanto en una como en otra medianería, se hallaban abiertos huecos de distintas dimensiones, más grandes los de la primera que los de la segunda, pero todos ellos mayores que los llamados de ordenanza, si bien tenían de común con éstos la reja empotrada en la pared, la alambrera cubriéndolos en toda su extensión y la parte superior de los marcos pegada á las carreras de los techos; que las dos medianerías antedichas pertenecen únicamente á los dueños de las respectivas casas indicadas, por lo que no tienen ni han tenido jamás el carácter propio de las verdaderas medianerías, que por ser líneas divisorias de dos casas pertenecen en común á los dueños de las mismas; y en el presente caso, adosadas á las medianerías de las dos referidas casas, se encuentran las de las fincas de Gomila, existiendo completa y perfecta separación en lo que se refiere á su propiedad; que derribadas las dos casas adquiridas por el demandante, y visto el estado ruinoso de la medianería de la casa núm. 5 de la calle de Botoneras, tuvieron los Garrido que derruirla, y al levantarla de nuevo, fueron dejando en ella los mismos huecos y colocando los marcos, rejas y alambres, del propio modo que estuvieron en la derribada; mas como en el proyecto de nuevo edificio que en los solares de las casas derruídas iba á construir el demandante, el lugar que antes ocupaba el patio, al que daban las medianerías, estuviese destinado á cocinas, advirtió éste á los dueños de ambas medianerías, correspondientes á las casas número 5 de la calle de Botoneras y 3 de la Plazuela de Provincia, que de nada les servía dichos huecos, reconociendo estos últimos el perfecto derecho del demandante á edificar en sus solares como mejor le pareciera, y manifestando los Garridos, dueños de la primera, que no podía

construir el demandante en forma que obstruyera las ventanas de su medianería, á cuyas luces tenía derecho indiscutible, por lo que dedujo éste interdicto de obra nueva contra aquéllos para que no continuasen la pared, declarando el Juzgado no haber lugar al mismo, por lo que siguieron las obras, el demandante, de su casa, y los demandados, de su pared; mas como vieran éstos que iban á ser sus ventanas completamente obstruídas por el edificio aquél, dedujeron interdicto para retener y recobrar la posesión de la servidumbre de luces que suponían existir á favor de su casa de la calle de Botoneras, que fué fallado en favor de los Garrido por la Audiencia, con revocación de la sentencia de primera instancia, fundándose en que en esta clase de juicios no se podía discutir acerca de la constitución y existencia de los derechos; que el demandante es dueño absoluto y poseedor en pleno dominio de la superficie total de las dos fincas al principio referidas, en cuya superficie se halla incluído el trozo de terreno que ocupó el patio de la casa núm. 4 de la calle Imperial, por lo que es evidente que á la absoluta propiedad de este patio tiene derecho exclusivo el demandante; que los demandados Garrido, propietarios de la casa núm. 5 de la calle de Botoneras, suponen la existencia de una servidumbre de luces, constituída sobre la finca adquirida por el demandante en favor de su medianería, sin que conste en documento alguno público ni privado, antes al contrario, aparece de la escritura de compraventa de las repetidas fincas que el demandante las adquirió libres de toda servidumbre, hallándose en tal sentido inscrita en el Registro de la propiedad, por lo que se han conducido temerariamente al obligar al demandante á acudir á los Tribunales, primero con la demanda de interdicto de obra nueva, y posteriormente con la de retener, causándole con ello innumerables perjuicios, no sólo por los dispendios propios de todo litigio, si que más aún con la paralización de las obras de construcción; y citó, entre otros fundamentos legales, las sentencias de este Supremo Tribunal de 31 de Enero de 1888, 17 de Junio de 1864, 19 de Enero de 1883, 19 de Abril de 1883, 13 de Junio de 1877, 13 de Mayo de 1882, 10 de Mayo de 1884, 12 de Noviembre de 1889 y 9 y 31 de Mayo de 1890:

Resultando que Doña Luisa, D. Domingo y D. José Garrido, al contestar á la demanda pidieron se les absolviera de ella, con expresa imposición de costas al demandante D. Leonardo Gomila, para lo cual afirmaron: que todas las casas edificadas por un mismo dueño ó que habían pertenecido á una misma persona, tenían muchos servicios comunes, como el de las bajadas ó atarjeas y alcantarillas, que no podrá negar el demandante, y así como existía esa servidumbre, el constructor de las casas ó su dueño posterior hizo un tragaluz ó patio común á todas ellas, por el que recibían luces las habitaciones exteriores de las mismas, no influyendo ni mucho ni poco el que al enajenarse separadamente esas casas se omitiese consignar este gravamen en sus títulos, pues todos los propietarios que han poseído esas fincas, aun en tiempos más remotos, recuerdan la existencia de esos huecos ó ventanas; que á mayor abundamiento, en el mismo expediente judicial instruído por el Juzgado del Hospicio con motivo de la enajenación por el Estado como bienes mostrencos al padre de los demandados, entre otros, de la casa de la calle de Botoneras, hizo constar el Arquitecto al reconocer la finca para tasación, la existencia de esos huecos ó ventanas, como constitutivos de servidumbre; niegan que el patio del que se reciben las luces en cuestión se haya comprendido en el total perímetro de la casa adquirida por el Garrido, lo cual resultará en todo caso de la prueba que se practique, y se oponen á la pretensión de aplicar al patio en construcción 64 pies

que se dice faltan del perímetro de la derruída casa núm. 4 de la calle Imperial, ya que esto resultará si acaso de la comprobación y medición de las líneas de dicho perímetro; que los demandados no suponen la existencia de una servidumbre de luces constituída sobre la casa de Gomila, sino que la tienen como cierta, y que no cabe culparlos de los perjuicios sufridos por el demandante, ya que de la demanda de interdicto propuesta á instancia de éste no pueden ser responsables, y en cuanto á la incoada por ellos, nadie más que el Gomila le dio origen al continuar levantando su casa en forma que cerraba las ventanas de la de los demandados; y citaron los fundamentos legales que creyeron oportunos:

Resultando que declarada en rebeldía Doña María del Carmen Natalia Podio y Valero, que citada de evicción se había personado, y evacuados por las partes los traslados de réplica y dúplica, en los que insistieron en lo pedido y alegado, recibióse el pleito á prueba, practicándose la de posiciones, documental y testifical propuestas por las partes, deduciéndose de una certificación librada por el Registrador de la propiedad del distrito de Occidente de esta corte, que sobre la casa núm. 4 de la calle Imperial no resulta servidumbre alguna ni en pro ni en contra, apareciendo que en la descripción que se hizo de esta finca al ser trasladada del antiguo al moderno Registro se consignó: «Que del patio de ella reciben luces las casas colindantes, por ventanas de mayor tamaño que las llamadas de ordenanza, en la forma siguiente: por la medianería de la derecha, dos en cada piso, la casa núm. 3 de la Plazuela de Provincia; por la de la izquierda, otras dos del mismo modo, de la casa número 5 de la calle de Botoneras; y por el testero, en igual manera y forma, la casa núm. 3 de la calle de Gerona, consignándolo sin perjuicio de lo que pueda resultar de los títulos de las expresadas propiedades; y que la casa de que se trata toma á su vez luces por dos ventanas, practicadas la una en la primera línea del testero, y la otra en la tercera línea de la medianería de la izquierda, en piso segundo, y una, en la ya citada del testero en los demás pisos, de un patio, al parecer de la casa de la calle de Botoneras, núm. 5, consignándose, porque los referidos huecos no son de los llamados de ordenanza, y sin perjuicio de lo que resulte de los títulos de ambas fincas, según todo, más pormenor aparece de dos testimonios de hijuela expedidos en Madrid por el Notario D. Juan Miguel Martínez á 10 de Septiembre de 1870, registrados en 5 de Octubre siguiente, por la inscripción primera folio 31 del tomo (hoy) 198 general del Archivo»; y después de seguido el pleito por sus trámites, el Juzgado dictó sentencia, por la que se absolvió á los demandados D. José, Doña Luisa y D. Domingo Garrido Sánchez y á Doña María del Carmen Natalia Podio y Valero, citada de evicción, de la demanda contra los mismos interpuesta por D. Leonardo Gomila y Gamundi, sin expresa condena de costas; cuya sentencia fué apelada, y después de intentarse nueva prueba en la segunda instancia, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte pronunció otra en 11 de Febrero de 1898 declarando que los demandados, dueños de la casa núm. 5 de la calle de Botoneras, no tienen derecho alguno para abrir huecos, ni para mantener abiertos los que había en su pared medianera, por cuanto no existe servidumbre alguna de luces legalmente constituída á favor de su finca y en perjuicio de la que hoy pertenece á D. Leonardo Gomila; y absolviendo á aquéllos de los demás extremos que se solicitan en la demanda, sin especial condenación de costas de ninguna de ambas instancias:

Resultando que Doña Luisa y D. Domingo Garrido y Sánchez han interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del ar-

tículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Infracción del art. 533 del Código civil, al calificar de negativa la servidumbre de luces y vistas de que se trata, siendo así que es esencialmente positiva, y así lo reconocen, entre otras sentencias de este Supremo Tribunal, las de 7 de Febrero de 1896 y 5 de Mayo del mismo año; por lo que la Sala sentenciadora ha confundido con evidente error de derecho los efectos que produce la servidumbre de luces y vistas, á saber: prohibir al dueño del predio sirviente que construya en su propiedad ó alce pared que estorbe, aminore ó anule las luces que debe recibir el predio dominante, con la esencia de dicha servidumbre de luces, ó sea el disfrute activo de la luz que recibe el predio dominante; servidumbre positiva que se adquiere por el uso durante veinte años, á contar desde el día en que se comenzó á ejecutar el acto externo de disfrutar de la luz:

Segundo. Infracción del art. 538 del Código civil, partiendo de la calificación jurídica de positiva que merece la servidumbre de luces, ó en otro caso, de la ley 15, tít. 31, Partida 3.ª, ya que la Sala sentenciadora afirma que los recurrentes no han adquirido la servidumbre en cuestión por el mero transcurso de los veinte años que dicho artículo señala para la adquisición de las positivas, siendo así que se ha justificado en autos, sin que por la parte adversa haya sido negado, que por lo menos desde el año de 1870 están abiertos esos huecos ó ventanas, todas ellas de mayor tamaño que las llamadas de ordenanza; y porque según dicha ley de Partidas, es evidente que la servidumbre de luces se adquiere por el transcurso del tiempo, á contar desde el día en que se abrió el hueco ó ventana; doctrina confirmada por este Tribunal Supremo en las antedichas sentencias de 7 de Febrero y 5 de Mayo de 1896, no por el transcurso de veinte años desde que por parte de los demandados, hoy recurrentes, se haya prohibido por un acto formal la edificación ó levantamiento de pared en terrenos del predio sirviente que prive al dominante de las vistas ó luces que disfruta, como afirma el Tribunal sentenciador; y

Tercero. Infracción del art. 582 del Código civil, aun suponiendo, sólo á los efectos de la discusión, que la servidumbre de luces sea negativa, ya que, según dicho artículo «mediando dos metros de distancia entre la finca propia y la del vecino se pueden abrir ventanas con vistas rectas, balcones y otros voladizos»; luego desde el momento en que se ha demostrado en autos que las ventanas abiertas en la casa de los recurrentes daban á un patio, cuya pared opuesta distaba más de dos metros, es evidente que hay servidumbre, sin que deba examinarse si han prescrito ó no ese derecho, ó si lo han adquirido ó no por la prescripción, pues aun suponiendo que las ventanas fueran ilegales antes de la promulgación del Código, ese acto ilegal se convirtió en un derecho desde que la disposición del art. 582 comenzó á regir con fuerza y eficacia, y al negar el Tribunal sentenciador á aquel acto el carácter de derecho de servidumbre, infringió dicho artículo; y aun suponiendo que se necesite el transcurso de veinte años desde el día en que fueron abiertas las ventanas en la forma y modo que prescribe el art. 582, para constituir una verdadera servidumbre, incurre en evidente error jurídico la Sala al sentar que «siendo nueva la disposición del Código civil, no ha podido ganarse por prescripción, porque el mencionado art. 582 no hace veinte años que rige, y por no poder darse á ese precepto efecto retroactivo, según lo dispuesto en el párrafo 1.º de las disposiciones transitorias», en primer lugar, porque aquel precepto está consignado en las antiguas y modernas Ordenanzas, y á más, porque aun cuando así no fuera, dice

la primera disposición transitoria «que si el derecho apareciese por primera vez declarado en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine tuviera efecto durante la legislación anterior, exceptuando únicamente el caso de que perjudiquen derechos adquiridos»; de suerte que por la legislación antigua, y estando edificada la casa número 4 de la calle Imperial, sus dueños soportaban y tenían que soportar legalmente las ventanas, y cuando pudo nacer el derecho de Gomila de impedir el uso y disfrute de las ventanas, estaba ya en vigor el precepto del art. 582 del Código civil, que lo anuló para siempre.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando qne la servidumbre que el recurrente pretende haber ganado por prescripción es negativa, porque recibiendo su finca la luz por huecos no voladizos abiertos en pared propia, en tanto puede limitar el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente, en cuanto coartara á éste su facultad de edificar, impidiendo el acceso de la luz por los mencionados huecos, que es lo que caracteriza la servidumbre negativa, según el art. 533 del Código civil, y no en cuanto á que le obligara á dejar hacer alguna cosa á su vecino ó hacerla por sí, que es lo que caracteriza la positiva, según el propio artículo:

Considerando que la doctrina anterior no se opone á la consignada por este Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de Febrero y 5 de Mayo de 1896, citadas en el recurso, porque la primera se dictó con relación á un caso que no guarda analogía alguna con el actual, al previsto en el art. 541 del Código civil, según el que, la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas, ha de considerarse, si se enajenare alguna, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente; y en la segunda se trataba de huecos abiertos en pared medianera ó común, de la cual, por lo tanto, ninguno de los propietarios podía disponer con exclusión ó sin el concurso del otro.

Considerando, en su virtud, que al calificar la Sala sentenciadora de servidumbre negativa la de luz que es objeto de la contienda actual, deduciendo como consecuencia de este postulado que el término para que pueda adquirirse por prescripción debe contarse desde el día en que el recurrente se opuso por un acto formal á que su vecino le privara de la luz, no infringe los artículos del Código civil y la doctrina de la jurisprudencia que se invocan en los dos primeros motivos del recurso, ni la ley 15, tít. 31 de la Partida 3.ª, que se alega también, y que es aplicable al presente pleito, á tenor de lo dispuesto en el art. 1939 del Código vigente; porque si bien en esta ley se dispone que las servidumbres contínuas, á cuya clase corresponde la de luz, se adquieren por la prescripción de diez ó veinte años, es doctrina de la jurisprudencia que el tiempo para computar estos términos corre en las positivas desde que comienzan á usarse, y en las negativas desde que el dueño del predio dominante impida al del predio sirviente hacer uso de su libertad, ó desde el acto obstativo de parte del primero, que es lo mismo que dispone el art. 538 del Código civil, sin otra novedad que la de establecer un solo término, y éste de veinte años, para la prescripción adquisitiva de esta clase de gravámenes sobre la propiedad; y

Considerando que el motivo tercero, sobre impugnar un razonamiento de la sentencia que por ser hipotético no influye en la parte dispositiva de la misma, se basa en un supuesto de hecho inexacto para demostrar la infracción del art. 582 del referido Código, cual es de que mediaban más de dos metros entre la pared en que se abrieron las ventanas y la

finca del vecino, siendo así que no media distancia alguna, por ser dicho muro divisorio de ambas propiedades;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que han interpuesto Doña Luisa y D. Domingo Garrido y Sánchez, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 8 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 50.—GRACIA Y JUSTICIA.—8 de Feb., pub. el 1.º de Marzo.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS revocando la negativa del Registrador de la propiedad de Colmenar Viejo á inscribir una escritura de cesión de derechos.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la cesión sin reserva alguna de todos los derechos correspondientes al cedente sobre un inmueble, implica necesariamente una verdadera transmisión de derechos reales, y bajo este concepto no ofrece duda que la escritura de cesión es un título inscribible, con arreglo á lo dispuesto en los números 1.º y 2.º del art. 2.º de la ley Hipotecaria y 1.º de su reglamento, produciéndose, además, con arreglo también al art. 77 de la citada ley, una vez practicada en el Registro la inscripción del expresado documento, la cancelación de la que exista á favor del cedente:

Que en el caso de verificarse la cesión para transigir las cuestiones litigiosas pendientes entre el cedente y el cesionario, la circunstancia de no haberse acreditado la litispendencia *de la finca, mediante la anotación de la demanda, no es obstáculo para la inscripción de la escritura de cesión, ya que siempre conservan expedito su derecho los litigantes para abandonar los pleitos ó transigirlos, háyase ó no practicado la anotación, la cual nada tiene que ver con el ejercicio de aquel derecho, del que es independiente, toda vez que la anotación tiene por único objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, no respecto del actor ó demandado ó de sus universales sucesores, sino respecto de los terceros que hubieran adquirido é inscrito algún derecho durante la tramitación del pleito;*

Que la apreciación de los actos ó contratos sobre inmuebles, hecha por los funcionarios encargados de la liquidación del impuesto de derechos reales, es distinta de la calificación que, conforme á los artículos 18 y 65 de la citada ley Hipotecaria, corresponde hacer á los Registradores acerca de las formas extrínsecas é intrínsecas de los documentos y de la capacidad ó no de los otorgantes.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por Doña Enriqueta Díaz contra la negativa del Registrador de la propiedad de Colmenar

Viejo á inscribir una escritura de cesión de derechos, pendiente en este Centro en virtud de apelación del expresado Registrador:

Resultando que inscrita en el Registro de la propiedad con fecha 25 de Mayo de 1893 á favor de Doña Enriqueta Díaz, por herencia de su padre D. José, la casa sita en la villa de Fuencarral, plaza pública, núm. 8, finca núm. 3.403, tomo 664 del Archivo, é inscrita después la misma casa á favor de D. Juan Franquelo, por compra hecha en 27 de Septiembre de 1894 á D. Rafael García Cuéllar, finca núm. 3.557, tomo 690, y ocasionada esta doble inscripción, á pesar de ser la misma finca, por aparecer en los títulos de Franquelo con alguna variación de linderos respecto á los que se consignan en los de Doña Enriqueta, uno y otro interesado acordaron terminar las cuestiones litigiosas que con este motivo tenían pendientes, y otorgar una escritura de transacción y cesión de derechos:

Resultando que á este efecto el expresado D. Juan Franquelo confirió poder con fecha 26 de Abril de 1898 á D. Gerardo Campo y Yagüe para que «otorgue escritura de cesión de la repetida casa en la plaza de Fuencarral, marcada con el núm. 8, á favor de Doña Enriqueta Díaz Muñoz, por el convenio y transacción antes referido ..., para que no ofrezca dificultad alguna su inscripción en el Registro de la propiedad, manifestando en dicho poder que, habiendo tenido varios incidentes judiciales con la mencionada Doña Enriqueta sobre la posesión de la citada casa, «han transigido todas las cuestiones judiciales pendientes, mediante la cesión que hace el compareciente á la Doña Enriqueta Díaz Muñoz de la referida casa, con todos los derechos dominicales que ostenta sobre la misma finca»:

Resultando que, en virtud de dicho poder, el apoderado D. Gerardo Campo y Yagüe otorgó á favor de Doña Enriqueta Díaz y Muñoz, con fecha 20 de Junio de 1898, escritura de cesión, por la que el expresado D. Gerardo Campo y Yagüe, en nombre de D. Juan Franquelo Díaz, «cede á Doña Enriqueta Díaz y Muñoz todos los derechos dominicales que al mismo corresponden en la mencionada casa núm. 8 de la plaza pública de Fuencarral ..., cuya cesión verifica sin reserva de derecho alguno, por el precio convenido de 100 pesetas, valor de los derechos que cede, que ya tiene recibidas en efectivo de la misma señora, á la que facilita por ello carta de pago, queriendo que la misma, para concluir con la doble inscripción de la finca, existente en el Registro de la propiedad de Colmenar Viejo, solicite y obtenga la redución á una sola á su favor, en la que se comprenda el pleno dominio ..., todo según aparece de la autorización concedida en el poder relacionado»:

Resultando que presentada á inscripción la referida escritura, el Registrador de la propiedad puso al pie de la misma la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede, porque no se transmite la finca descrita y que es objeto de la transacción; y sin duda por haber merecido la misma calificación del Abogado del Estado, no se ha pagado el impuesto por el verdadero concepto de cesión á título oneroso que le correspondería si se hubiera otorgado la escritura en los términes ordenados por el poderdante»:

Resultando que Doña Enriqueta Díaz, representada por el Procurador D. Luis de la Peña, promovió recurso gubernativo contra la precedente nota, en solicitud de que sea revocada, y en su consecuencia, se declare inscribible la escritura suspendida, alegando á este efecto: que de la simple lectura del expresado documento fácilmente se deduce la transmisión de la finca, toda vez que después de llevarse á cabo la cesión de todos los derechos dominicales en ella contenidos sin reserva de ningún género, y de consentir el cedente en que desaparezca la duplicidad de inscripcio-

nes, reduciéndose á una sola en que conste el pleno dominio en favor de la cesionaria, no resta al cedente ningún género de derecho sobre el referido inmueble; que la cesión, á título oneroso, como ocurre en el presente caso, constituye un título traslativo de dominio, en cuya virtud lo que radicaba en poder de una persona pasa á poder de la otra, y en tal concepto, lo ha estimado el Abogado del Estado al hacer la liquidación:

Resultando que, oído el Registrador de la propiedad, sostuvo su calificación y expuso: que aunque el asunto de que se trata es bien claro, el apoderado parece que se propuso que no lo fuera, toda vez que en vez de hacer la cesión de la finca lisa y llanamente, ajustándose á las instrucciones recibidas, hizo la de los derechos dominicales que al cedente correspondían, cuya inscripción no puede practicarse, porque la ley Hipotecaria no admite la de derechos reales sino precisamente cuando no son todos los que constituyen el dominio, sino una limitación del mismo; sin que por otra parte sea argumento que abone la inscripción el tratarse de una transacción, pues aparte de que no consta en el Registro la existencia de litigio por el único medio que admite la ley Hipotecaria, que es la anotación preventiva de la demanda, la transacción no es un contrato especial, y, por consiguiente, no se puede tomar como título inscribible; y por lo que se refiere al concepto en que se ha liquidado el impuesto, lo invocó en su calificación para darla mayor apoyo, pero sin que sea de la competencia del Juzgado, del Presidente de la Audiencia ni de este Centro directivo dicha cuestión, la cual someterá á la resolución de la Hacienda pública cuando se resuelva por esta Dirección el presente recurso:

Resultando que el Juez delegado revocó la nota recurrida, declarando procedente la inscripción solicitada, fundándose para ello en razones análogas á las expuestas por la recurrente, y en que no es obstáculo para la inscripción del documento en cuestión el que no se haya satisfecho el impuesto por el concepto que le corresponda, desde el momento en que el Abogado del Estado, que es el competente para apreciar qué actos deben contribuir y cuáles están exentos, ha estampado la nota de liquidación al pie de la escritura, y se ha cumplido este requisito previo de la inscripción; y que no es cierto, como afirma el Registrador, que el apoderado, al cumplir el mandato, haya obrado fuera de las instrucciones que recibió del poderdante, pues si bien las palabras que empleó el Sr. Campo en la escritura de cesión son distintas de las que usa el señor Franquelo en la de poder, hay que convenir en que el sentido y alcance de las mismas es idéntico:

Resultando que el Registrador apeló de la anterior resolución para ante el Presidente de la Audiencia, invocando la resolución de este Centro de 10 de Marzo de 1878:

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto apelado, declarando inscribible el documento origen del recurso.

Vistos los arts. 1713 y 1809 del Código civil; 2.º, párrafos 1.º y 2.º, y 77 de la ley Hipotecaria y 1.º del Reglamento general dictado para su ejecución:

Considerando que la escritura de cesión de la casa núm. 8 de la plaza del pueblo de Fuencarral, otorgada por D. Gerardo Campo á favor de Doña Enriqueta Díaz Muñoz, no contradice, antes bien está en perfecta armonía con el contenido de la escritura de poder que le diera D. Juan Franquelo para llevar á cabo dicha cesión, toda vez que las palabras empleadas por el mandatario, tales como las de que «cede sin reserva de derecho alguno á favor de Doña Enriqueta Díaz Muñoz todos los derechos dominicales que á su poderdante corresponden en la mencionada

casa», no se prestan sobre su significación y alcance á duda de ningún género:

Considerando que la cesión sin reserva alguna de todos los derechos correspondientes á D. Juan Franquelo sobre el referido inmueble implica necesariamente una verdadera transmisión de derechos reales, y bajo este concepto, no ofrece duda que la escritura de cesión es un título inscribible, con arreglo á lo dispuesto en los números 1.º y 2.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria y 1.º de su Reglamento, produciéndose además, con arreglo también al art. 77 de la citada ley, una vez practicada en el Registro la inscripción del expresado documento, la cancelación de la que existe en el Registro á favor del cedente:

Considerando que el no haberse acreditado la *litispendencia* de la finca, mediante la anotación de la demanda, no es obstáculo para la inscripción de la escritura de cesión, ya que siempre conservan expedito su derecho los litigantes para abandonar los pleitos ó transigirlos, háyase ó no practicado la anotación, la cual nada tiene que ver con el ejercicio de aquel derecho, del que es independiente, toda vez que la anotación tiene por único objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, no respecto del actor ó demandado ó de sus universales sucesores, sino respecto de los terceros que hubieren adquirido é inscrito algún derecho durante la tramitación del pleito:

Considerando, por último, que la apreciación de los actos ó contratos sobre inmuebles, hecha por los funcionarios encargados de la liquidación del impuesto de derechos reales, es distinta de la calificación que conforme á los arts. 18 y 65 de la citada ley Hipotecaria corresponde hacer á los Registradores acerca de las formas extrínsecas é intrínsecas de los documentos y de la capacidad ó no de los otorgantes;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. para su conocimiento y efectos oportunos. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 8 de Febrero de 1899.=El Director general, Ramón Cepeda.=Sr. Presidente de la Audiencia de Madrid.

Núm. 51.—TRIBUNAL SUPREMO.—10 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. José Tresgüerres contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en incidente con D. Juan Polo y otro.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que denegada al recurrente la declaración de pobreza por no haber justificado á juicio del Tribunal sentenciador que su precaria situación fuera posterior al tiempo de la iniciación del pleito principal, como debe hacerlo si después de esta solicitase los beneficios de la defensa gratuita, no cabe admitir el recurso en que se suponen infringidos los artículos 13, 15 y 24 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin invocar error de hecho en la apreciación de la prueba y sin citar con relación á la misma el precepto legal que se suponga infringido.

Resultando que pendientes en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte autos de tercería, promovidos por de-

manda de D. José Tresgüerres Suárez contra D. Juan Polo de Bernabé y D. Manuel Martínez López, el mencionado demandante, que venía defendiéndose en concepto de rico, solicitó declaración de pobreza al evacuar el traslado de conclusiones; y seguido el oportuno incidente en dicho Juzgado y ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio, se pronunció por ésta en 20 de Septiembre próximo pasado sentencia confirmatoria de la que dictó aquél denegando la defensa en el expresado concepto pedida por Tresgüerres:

Resultando que para fundar el indicado fallo consideró el Juzgado y aceptó la Sala que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 24 de la ley de Enjuiciamiento civil, el que solicite la defensa por pobre después de presentada la demanda ha de justificar cumplidamente haber venido á dicho estado después de entablado el pleito; y que de la prueba practicada por D. José Tresgüerres, teniendo en cuenta las manifestaciones de la demanda y antecedentes existentes respecto al hecho de que aquél vivió hasta época reciente con independencia de su padre político, no puede deducirse cumplida justificación de que haya venido al estado de pobreza desde que el pleito se inició hasta que evacuó el escrito de conclusiones, momento en el cual impetró los auxilios legales para continuar el litigio con la calidad que actualmente pretendía:

Resultando que D. José Tresgüerres y Suárez ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo haber infringido la sentencia recurrida:

Primero. El art. 13 de la citada ley de Enjuiciamiento, que ordena se administre la justicia gratuitamente á los pobres; porque como de tal condición debe ser considerado el recurrente, que no tiene bienes ni cobra rentas y no dispone de otros medios de subsistencia que el producto de su trabajo:

Segundo. El art. 15, núm. 1.°, de la misma ley, toda vez que Tresgüerres vive del jornal eventual que le abona el maestro sastre del cual es oficial; en la inteligencia de que no se trata de un jornal permanente, sino que depende del trabajo que se le encarga, que es á temporadas y no continuo, como sucede siempre á los dedicados á tal oficio; y

Tercero. El art. 24, también de la enunciada ley de Enjuiciamiento, por cuanto el recurrente ha justificado cumplidamente haber venido al estado de pobreza después de entablado el pleito; y la Sala, al apreciar que dicha justificación no puede deducirse de la prueba, comete error de derecho en la apreciación de ésta; pues dicho recurrente ha demostrado sin duda alguna su pobreza para continuar el pleito, primero, por las certificaciones unidas á los autos, y segundo, por prueba testifical:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso respecto al tercero de sus motivos, dejando á la apreciación de esta Sala si procede negarla en cuanto á los otros dos, habiéndose llamado los autos á la vista y tenido lugar la misma sobre dicha admisión acerca de los indicados tres motivos, únicos alegados por la parte recurrente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que denegada al recurrente la declaración de pobreza por no haber justificado, á juicio del Tribunal sentenciador, que su precaria situación fuera posterior al tiempo de la iniciación del pleito principal, como debió hacerlo, por haber solicitado los beneficios de la defensa gratuita al formular el escrito de conclusiones, no cabe admitir un recurso como el presente, en el que se suponen infringidos los artículos 13, 15 y 24 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin invocar error

de hecho en la apreciación de la prueba, y sin citar, por lo que toca al error de derecho que alega en el motivo tercero, el precepto legal infringido con dicha apreciación:

Visto el núm. 9.º del art. 1729 de la mencionada ley;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. José Tresgüerres y Suárez, al que se condena al pago de las costas ocasionadas con motivo del mismo; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido, y publíquese el presente auto segun previene la ley.

Madrid 10 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 52.—TRIBUNAL SUPREMO.—10 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Declaración de herederos.*— Auto decidiendo no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Pedro Arrojo contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en pleito con D. Alejandro Coto y otros.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que es inadmisible el recurso en cuyos motivos se impugna la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal sentenciador, sin cumplir para ello los requisitos que previene el núm. 7.º del art. 1692 de la ley procesal, limitándose el recurrente á citar vagamente los arts. 578, núm. 2.º, y 596, núm. 6.º de dicha ley, respecto de documentos apreciados por el Tribunal sentenciador, sin señalar el error concreto que con referencia á ellos haya podido cometer, así como el 659 que atribuye à los Jueces y Tribunales facultades para apreciar el resultado de la prueba testifical, suponiendo al efecto, arbitrariamente, que aquél no tuvo en cuenta las reglas de la sana crítica.

Resultando que D. Pedro Arrojo y Arrojo formuló ante el Juzgado de primera instancia de Becerreá demanda de 25 de Diciembre de 1891 contra D. Alejandro Coto Pereira y otros, con la pretensión de que se declarase heredera de D. Juan Arrojo y Doña Bernarda Pena á la madre del demandante, y á éste de aquélla; se condenase á D. Benito Pereira á la restitución de lo percibido, se mandase practicar por peritos la correspondiente división de bienes, adjudicándose al D. Pedro su legítima porción, con los frutos producidos y debidos producir, y se impusieran las costas á los demandados; é impugnada tal demanda por varios de ellos, siendo declarados otros en rebeldía, se siguió el pleito por los trámites del juicio ordinario hasta recaer, en grado de apelación, el 1.º de Octubre del próximo pasado año de 1898 sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, absolutoria de dichos demandados:

Resultando que entre los fundamentos de la enunciada sentencia se consigna no haber justificado el demandante Arrojo con toda evidencia su parentesco en el grado que alegaba con la persona de cuya sucesión se trataba, ni tampoco que los bienes objeto de los autos tuviesen el carácter de hereditarios ó se encontraran en la posesión de tal persona al ocurrir su fallecimiento; sin cuya prueba no podía ni debía en modo alguno prosperar la acción de petición y división del caudal hereditario:

Resultando que D. Pedro Arrojo y Arrojo ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo que los documentos públicos obrantes en los autos y relacionados en el apuntamiento son suficientes, sin necesidad de otros, para justificar la filiación del recurrente con relación al tronco común; y la sentencia recurrida, al desconocerlo, ha infringido los arts. 578, núm. 2.º, en cuanto concede fuerza probatoria á tales documentos, y 596, en su núm. 6.º, en cuanto incluye entre ellos las certificaciones de la clase de las unidas á dichos autos; habiendo infringido también el art. 659 de la propia ley, por no haber aplicado las reglas de la sana crítica para apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos presentados por parte del mismo recurrente, y menos aún el valor de la documental:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á la admisión del recurso.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que la Audiencia de la Coruña funda la sentencia absolutoria en que el demandante no ha justificado con toda evidencia que fuera pariente en el grado que alega de la persona de cuya sucesión se trata, y tampoco que los bienes reclamados tuviesen el carácter de hereditarios ó se encontrasen en poder de aquélla al ocurrir su fallecimiento, sin que en los motivos del recurso se combata dicha apreciación en la forma que prescribe el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que el recurrente se limita á citar vagamente los arts. 578, núm. 2.º, y 596, núm. 6.º, de dicha ley de Enjuiciamiento, respecto de documentos que el Tribunal ha apreciado, sin señalar el error concreto que con referencia á ellos haya podido cometer, así como el 659, que atribuye á los Jueces y Tribunales facultades para apreciar el resultado de la prueba testifical, suponiendo al efecto, arbitrariamente, que no ha tenido en cuenta las reglas de la sana crítica.

Visto lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729 de la misma ley de Enjuiciamiento;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. Pedro Arrojo y Arrojo; no se hace condena de costas por no haber comparecido en este Tribunal Supremo parte recurrida; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de la Coruña, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 10 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 53.—TRIBUNAL SUPREMO.—10 de Febrero, pub. el 3 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nombramiento de amigables componedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Joaquin Carbonell contra el auto dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en incidente con Doña Josefa Trías y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que se ha declarado por el Tribunal Supremo que las disposiciones generales del tít. 1.º, lib. 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil. y de consiguiente, la consignada en el art. 1817, sólo son aplicables á los actos de jurisdicción voluntaria, especialmente regulados en los

demás títulos de dicho libro, en cuanto no se opongan á lo ordenado respecto de cada uno de ellos, como determina el art. 1284; y que el procedimiento establecido en el 2175 y 2176, que tienen por objeto vencer ó remediar la resistencia del interesado en un negocio mercantil, que se niega á nombrar árbitro, es absolutamente incompatible con el precepto del mencionado art. 1817.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Febrero de 1899, en las actuaciones de jurisdicción voluntaria en auto de concurso para nombramiento de amigables componedores, hoy incidente sobre procedencia de dicho nombramiento, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Joaquín Carbonell y Paloma, fabricante de tejidos, vecino de Mataró, con Doña Josefa Tríus y Rodó y Don Francisco Carlos Maristany y Garriga, ambos propietarios y comerciantes, y vecinos de Barcelona; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Carbonell, dirigido por el Doctor D. Antonio Soto y Hernández y representado por el Procurador D. Luis Soto y Hernández; habiendo estado los recurridos por el Letrado D. Ernesto Viladegut y por el Procurador D. Antonio Bendicho:

Resultando que por escritura pública de 9 de Enero de 1897, inscrita en el Registro mercantil de Barcelona, en 3 de Febrero siguiente, Don Joaquín Carbonell, fabricante; Doña Josefa Tríus, viuda de D. Ramón Almirall, propietaria y del comercio, y D. Francisco C. Maristany, también propietario y comerciante, constituyeron por término de cinco años forzosos, prorrogables tácitamente por otros cinco, y bajo la razón de Joaquín Carbonell, Sociedad en comandita, una de esta clase para la fabricación de géneros de punto por cuenta propia ó ajena, y la compra y venta de los ya fabricados, á reserva de poder dedicarse á cualquier otro ramo de industria ó comercio que de común acuerdo determinaran; pactando en la cláusula 2.ª, aparte de alguna otra cosa ya dicha, que el domicilio de la Sociedad sería en Barcelona; pero por entonces, y sin perjuicio de trasladarlo á cualquier otro punto ó local que por unanimidad acordaran los socios, lo tendría en el edificio fábrica de Mataró, en que Carbonell ejercía la industria particularmente; pudiendo, sin embargo, establecer almacenes ó depósitos para la venta de sus productos en los puntos que el Gerente estimara conveniente, mediante el consentimiento expreso de los demás socios; siendo, con todo, el almacén y despacho de sus géneros en Barcelona los que la viuda é hijos de Ramón Almirall tenían ó en lo sucesivo tuviesen en dicha ciudad, bajo las condiciones convenidas por los interesados; en la cláusula 4.ª, que el socio Carbonell sería el único colectivo, y Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany, meros socios comanditarios; teniendo el primero, en consecuencia, á su exclusivo cargo la gerencia y administración de la Sociedad, y la firma para los asuntos y negocios de la misma; siendo, por tanto, quien celebraría los contratos, y practicaría los actos y operaciones de interés de la Sociedad y quien llevaría su representación judicial y extrajudicial, con facultad de conferir poderes; Doña Josefa Tríus y Don Francisco C. Maristany tendrían, como socios comanditarios, los derechos y facultades otorgadas á los de su clase por el Código de Comercio, y singularmente juntos y á solas, el de examinar por sí ó por delegado, que habría de ser uno de sus respectivos hijos, la situación y estado de la administración y de la contabilidad; en la cláusula 6.ª, que el capital social sería de 303.060 pesetas 36 céntimos, correspondiendo de ellas al socio Carbonell 168.060 con 36 céntimos, aportadas en la maquinaria,

primeras materias y géneros elaborados, según inventario; á Doña Josefa Tríus, 90.000, de ellas 47.039 y 18 céntimos en maquinaria, también aportada por inventario, y las 42.000 y pico de pesetas restantes entregado en metálico en el acto; y á Maristany, 45.000, asimismo entregadas en el acto, en efectivo; y en la cláusula 14.ª, que toda cuestión ó diferencia que se suscitara entre sus socios ó sus derechohabientes sobre la inteligencia y cumplimiento de este contrato, ó sobre cualquier asunto ó consecuencia de los negocios sociales durante el término de la Compañía y su liquidación, sería resuelta por amigables componedores que nombrarían las partes en la forma determinada en la ley de Enjuiciamiento civil, dentro de los quince días de surgir la duda, cuestión ó diferencia, obligándose desde aquel instante los interesados, por sí y por sus sucesores, á tener por ejecutorio el fallo que recayese, y por lo tanto, á no alzarse de él, renunciando, como renunciaban, á interponer contra el mismo el recurso de casación:

Resultando que en 12 de Marzo de dicho año de 1897, Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany, por medio de Notario, le recordaron é hicieron saber lo pactado en la cláusula 2.ª de la referida escritura, en cuanto á que el almacén y despacho en Barcelona de los géneros que elaborase la fábrica se establecerían en los que la Viuda é Hijos de D. Ramón Almirall tenía ó tuviese en aquella ciudad; á pesar de lo cual y de repetidas instancias, se había opuesto á ello, y negado á cumplir lo convenido; actitud rebelde que traía consigo y constituía, según el núm. 7.º del art. 218 del Código de Comercio, un caso de disolución parcial de la Sociedad, que producía las consecuencias determinadas en el siguiente art. 219 del mismo Codigo que expresaron; y recordándole también la cláusula 14.ª de la escritura, le requirieron para que en el término de cuarenta y ocho horas se allanase á la disolución parcial de la Sociedad, firmando la escritura de rescisión, ó tuviese por anunciado el juicio de amigables componedores, que ejercerían su jurisdicción en Barcelona, para resolver dicha cuestión y las demás que resultaran de la injustificada resistencia de Carbonell:

Resultando que éste, á quien se notificó dicho requerimiento en 13 del citado mes, contestó en 15, protestando hacerlo sin consentir en lo más mínimo en las manifestaciones y conceptos contenidos en el mismo requerimiento, ni menoscabar las facultades y atribuciones que le correspondían como Gerente de la Sociedad; y manifestando que su obligación como tal Gerente, de atender con toda preferencia á los intereses de aquélla, le había impedido hasta entonces realizar la instalación provisional ó interina del almacén ó despacho en Barcelona, de los géneros producidos por la fábrica social, en el almacén ó despacho de la Viuda é hijos de Ramón Almirall, por entender necesario que antes se formalizará el debido contrato de subarriendo, en el que constaran, además de las condiciones esenciales del mismo, los términos y forma en que la Sociedad que administraba podría usar con completa libertad é independencia de la parte del expresado local que se le subarrendase, teniendo en consideración que en él ejercía su comercio la razón social subarrendadora; que era una sola la puerta de entrada que habrían de utilizar ambas Sociedades, y la intimidad y contacto con que por consiguiente habrian de funcionar; pero estaba dispuesto á verificar, por su parte, lo que correspondiera para dicha instalación interina, siempre que se otorgara el contrato de subarriendo en forma que quedasen completamente garantidos, como había indicado, los derechos é intereses de la Sociedad de su gerencia; y como á pesar de sus instancias no se le había presentado dicho contrato, requería á Doña Josefa Tríus, que á la

vez que socia comanditaria de aquélla, lo era Gerente ó colectiva de la de Viuda é hijos de Ramón Almirall, para que hiciera le fuera presentado antes el oportuno contrato en los términos indicados, á fin de que luego de dada conformidad á él por ambas partes se pudiera suscribirlo ú otorgarlo y proceder á la repetida instalación, con reserva de lo que en otro caso correspondiera y conviniera á los intereses de Joaquín Carbonell, Sociedad en comandita; que además negaba en absoluto la procedencia, en ningún caso, de la rescisión parcial de la Sociedad que se pretendía, dando por motivo ó pretexto los hechos alegados en el requerimiento, pues sobre no ser cierto que pudiera darse por infringido el pacto 2.º del contrato social, por el mero hecho de que dentro del corto tiempo transcurrido desde su otorgamiento no se hubiese verificado la instalación, no reclamada hasta entonces, la demora se debía al tan justificado motivo expuesto, y de ella no había reportado el menor perjuicio á la Sociedad, no pudiendo por tanto aquella circunstancia constituir para él jamás el caso de rescisión parcial establecido en el núm. 7.º del art. 218 del Código de Comercio, por lo cual negaba su aplicación, por carecer de fundamento, tanto de hecho como de derecho, y las consecuencias que de ello se pretendía derivar; y de consiguiente se negaba á dicha disolución parcial y á firmar la escritura que se le indicaba, y también á tener por anunciado el juicio de amigables componedores, ya que sobre no existir causa ni motivo que lo justificara, no sería jamás de la competencia de aquéllos la declaración de esa disolución parcial, que sólo correspondería declarar en su lugar y caso á la jurisdicción ordinaria, á los Tribunales de justicia; y protestó, finalmente, de los daños, perjuicios y costas que se causasen á la Sociedad de su gerencia ó á él:

Resultando que por escrito de 7 de Abril posterior, Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany, exponiendo, aparte de otros hechos ya referidos, que Carbonell no había cumplido el pacto 2.º de la escritura social, pues no había tenido en el almacén y despacho de la Viuda é hijos de Ramón Almirall, en Barcelona, los de los géneros elaborados en la fábrica, los cuales había vendido en Mataró y no en los puntos designados de acuerdo con los comanditarios, para quienes esto era una garantía; é invocando los artículos 2175, 2176 y 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, solicitaron del Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona señalara á Carbonell un término, que no excediese de diez días, para que designase un amigable componedor, que junto con el Letrado Viladegut, designado por ellos y con el tercero que de acuerdo se nombrara, resolviesen las cuestiones siguientes: primera, si había llegado el caso de la rescisión parcial de la Sociedad Joaquín Carbonell, en comandita, por el motivo séptimo del art. 218 del Código de Comercio; segunda, como consecuencia de la declaración de la rescisión parcial del contrato de Sociedad por culpa de Carbonell, le declarasen excluído de ella á todos los efectos del art. 219 del mismo Código; tercera, para el caso de que Carbonell optase por la disolución total de la Compañía, ó en el de declararse la rescisión parcial de la misma, no pudiese Carbonell entregar á los socios comanditarios en metálico todo el capital que tuvieran respectivamente en la Sociedad, según el balance de liquidación, declarasen disuelta totalmente dicha Sociedad, cuya liquidación se practicase con sujeción estricta á lo estipulado en el pacto 13.º de la escritura social; cuarta, resolver los amigables componedores todas las cuestiones que los interesados les sometiesen en acta notarial; y quinta, declarasen lo que estimasen conveniente respecto al pago de costas:

Resultando que el Juzgado, en providencia de 9 del mismo mes de Abril, señaló á D. Joaquín Carbonell el término de diez días para designar un amigable componedor que, junto con el designado por Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany y con el tercero que de acuerdo se nombrara, resolviesen las cuestiones propuestas; y que Carbonell se opuso á la solicitud deducida por Doña Josefa Tríus y por Maristany, pidiendo se declarase contencioso el expediente, sin alterar la situación respectiva de las partes en lo que era objeto del mismo, en apoyo de lo cual expuso diversas consideraciones; y el Juzgado, en providencia de 5 de Mayo, resolvió de conformidad con estas pretensiones, expresando deber sujetarse el asunto al juicio que correspondiera:

Resultando que solicitada por Doña Josefa Tríus y por D. Francisco C. Maristany la reposición de esa providencia, é impugnado el recurso por Carbonell, el Juzgado la dejó sin efecto, y declaró firme y subsistente la de 9 de Abril, sin especial imposición de costas, por auto de 28 de dicho mes de Mayo, del que interpuso Carbonell, y le fué admitida libremente apelación; tramitada la cual, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por el suyo de 26 de Enero de 1898, confirmó, con las costas de la alzada, el apelado:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas ha interpuesto Don Joaquín Carbonell recurso de casación por infracción de ley, alegando haberse infringido:

Primero. Los arts. 2175 al 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, juntamente con la ley del contrato; los arts. 51 del Código de Comercio, y 1091, 1258 y 1278 del Código civil, que sancionan la fuerza obligatoria de las convenciones; y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que sustenta igual doctrina, entre otras sentencias, en la de 31 de Enero de 1890; en cuanto por la cláusula 14.ª de la escritura de 9 de Enero de 1897, de constitución de la Sociedad comanditaria por Carbonell Tríus y Maristany, la decisión de los amigables componedores sólo ha de recaer sobre las dudas, cuestiones ó diferencias que suscite á los socios la inteligencia y cumplimiento de dicho contrato, ó sobre cualquier asunto ó consecuencia de los negocios sociales; no habiendo hasta ahora tales dudas ó diferencias, por estar conformes en absoluto los tres socios en la inteligencia y cumplimiento de la segunda parte del pacto ó cláusula 2.ª de dicha escritura y en la obligación que ésta impone á los tres de instalar interinamente el almacén de los productos fabricados por la Sociedad en el despacho que la Viuda é hijos de Ramón Almirall tienen en Barcelona, bajo las condiciones convenidas por los interesados, sino que las verdaderas dudas ó cuestiones, que no á Carbonell, sino á la razón social Joaquín Carbonell, Sociedad en comandita, de la que aquél es Gerente, han impedido hasta ahora hacer dicha instalación, las ha suscitado y suscita la Sociedad colectiva Viuda é hijos de Ramón Almirall, dueña de la tienda ó almacén donde deben expenderse los expresados productos, y de la cual es Gerente Doña Josefa Tríus, comanditaria de Carbonell; de suerte que dicha Doña Josefa, con su carácter de Viuda de D. Ramón Almirall, y de Gerente de la Sociedad colectiva, niega, resiste y se opone á lo que exige al mismo tiempo como Doña Josefa Tríus, comanditaria de la otra Compañía; y en todo caso, aun cuando esto no fuera exacto, es lo cierto que con esta Sociedad colectiva son las verdaderas cuestiones, como lo demuestra la actitud del recurrente al contestar al requerimiento notarial que se le hizo á instancias de sus consocios, y su pretensión, como Gerente de la Sociedad comanditaria, de que se otorgue un contrato de subarriendo antes de hacer la instalación en la tienda de la otra Sociedad; y no estando estipulado en dicha cláusula, ni

pudiéndolo estar, que las cuestiones entre ambas Sociedades se sujeten á la decisión de amigables componedores, se han aplicado indebidamente los citados preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, confundiendo, como lo confunde la interesada, ese doble carácter de la Trius, y mezclando las cuestiones y diferencias entre la Sociedad de que es Gerente Carbonell y la Sociedad colectiva de que lo es aquélla, con las diferencias entre los consocios en la primera de ambas Compañías, teniendo la infracción de los tres citados artículos de la ley procesal, en relación con la cláusula 14.ª de la escritura, también infringida, al aplicar indebidamente aquéllos otro aspecto, el de la incompetencia de los amigables componedores para resolver acerca de cuestiones que no pueden, por la letra ni por el espíritu de ese pacto, estar comprendidas entre las que, según el mismo, les están sometidas, con renuncia por parte de los socios hasta del recurso de casación, y en este sentido se infringen además, por violación, los arts. 1815, en relación con el 1821 del Código civil vigente, como derecho supletorio del mercantil, según el 2.º y 50 del Código de Comercio de 22 de Agosto de 1885, y el art. 57 de este Cuerpo legal, igualmente por violación; pues según el art. 1815 del Código civil, aplicable á los compromisos según el 1821, la transacción, ó sea el compromiso, no comprende sino los objetos expresados determinadamente en él, ó que por una inducción necesaria de sus palabras deban reputarse comprendidos en ella; y el art. 57 del Código de Comercio dispone que los contratos de esta clase se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas ó escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo como los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones, comprendiéndose, por tanto, que atendiendo al recto sentido de esa cláusula 14.ª Doña Josefa Trius y el otro socio comanditario, si no estaban conformes con que antes de hacerse la instalación del almacén de productos sociales en el despacho de la tienda de la Sociedad Viuda é hijos de Ramón Almirall, se exigiera á éste un contrato de subarriendo, con expresión de las condiciones y precio de la cesión de una parte del establecimiento, sometieran esta duda ó divergencia al juicio de amigables componedores para hacer luego lo que éstos resolvieran; pero no se comprende, y surge inevitablemente la incompetencia de este juicio especial, que se solicite el nombramiento de amigables componedores para que resuelvan si ha llegado el caso de la rescisión parcial de la Sociedad por el motivo séptimo del art. 218 del Código de Comercio, y la exclusión de Carbonell de la Sociedad como culpable, ó el caso de la rescisión total, porque esto no es una duda, cuestión ó diferencia que se suscita entre los socios sobre la inteligencia y cumplimiento del contrato de constitución de la Sociedad, ni sobre cualquier asunto ó consecuencia de los negocios sociales, sino una cuestión de existencia legal, un punto gravísimo, el más grave de todos, que suscitan los socios comanditarios contra el colectivo, no para entender y cumplir el contrato, sino para disolver la Sociedad cuando empieza á vivir, sin esperar al cumplimiento del tiempo fijado para su duración, y para excluir de ella al socio colectivo que lleva la gerencia y de quien es la fábrica de tejidos, base de la Compañía, reteniendo, sin darle participación en las ganancias, ni indemnización alguna, la fábrica y la maquinaria y los fondos que tuviere en la masa social; todo ello sin la intervención y garantía de los Tribunales de Justicia, y sin la esperanza siquiera del recurso de casación, suscitándose en todo caso en la primera cuestión una duda sobre aplicación de determinado artículo y párrafo del Código de Comer-

cio á uno de los socios, no sobre aplicación del contrato para los fines de la marcha de la Compañía; y por último, se infringe también la ley del contrato, en cuanto á la repetida cláusula 14.ª de la escritura, por disponerse en ella que el nombramiento de amigables componedores y resolución de la duda, cuestión ó diferencia, se hará dentro de los quince días de surgir éstas, y haberse solicitado el nombramiento de los mismos fuera de ese plazo y con evidente inoportunidad, pues á pesar de sostener y afirmar la Tríus y Maristany que desde el día del otorgamiento del contrato Carbonell había dejado de cumplir las obligaciones que suponen se impuso en la última parte del pacto 2.º, no le requirieron notarialmente hasta más de dos meses después, el 13 de Marzo siguiente, y cuando lo hicieron no fué, como parecía natural, para que las cumpliese, sino para que se alianase á la disolución parcial de la Sociedad, que es el único deseo de aquéllos; no habiendo hecho el nombramiento de amigable componedor ni solicitado para este fin la intervención judicial hasta 7 de Abril, ó sea á los tres meses de surgir la cuestión, y cuando, según el contrato, no procede ya la sumisión á los compromisarios, pues el objeto de éstos es terminar pronto las cuestiones y limpiar de estorbos y cizañas el camino que ha de seguir la Sociedad, y admitiendo el planteamiento de las cuestiones en cualquiera tiempo se eternizarían en daño de los interesados y no tendría razón de ser el especial procedimiento que para nombrar árbitros y arbitradores contiene la ley de Enjuiciamiento civil al tratar de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio:

Segundo. Los artículos 1811 y 1817 de la ley de Enjuiciamiento civil, por violación y por aplicación indebida; el 1824 de la misma ley, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1896; pues si bien el procedimiento establecido en los artículos 2175 y 76 de la misma ley para el nombramiento de árbitros en negocios mercantiles tiene por objeto inmediato y directo la constitución del Tribunal de los árbitros, mediante la intervención judicial, cuando cualquiera de las partes interesadas opusiere resistencia á nombrar voluntariamente los compromisarios, cuya designación le correspondiere hacer, lo cual evidencia que entre ese acto concreto de la jurisdicción voluntaria á que la ley atribuye carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor y la regla contenida en el art. 1817 antes citado, que presupone lo contrario, existe absoluta incompatibilidad, según declara la sentencia invocada; en el presente caso, la disensión entre los socios se refiere exclusivamente á la competencia ó incompetencia del Tribunal de los amigables componedores para decidir las cuestiones y dudas que los socios comanditarios quieren plantear ante aquéllos, y á la interpretación del sentido recto y genuino y del probable alcance de la cláusula 14.ª de la escritura de 9 de Enero de 1897, en la que se pactó la sumisión á amigables componedores para ciertos casos, y sin el propósito de convertir el arbitraje en una omnipotencia de la que dependiera en cualquier instante la validez ó nulidad de la Compañía; de suerte que admitiendo como indiscutible, y no podría ser de otro modo, la aplicación que del art. 1824 de la ley de Enjuiciamiento civil hace la aludida sentencia cuando se trata del procedimiento establecido en los artículos 2175 y 76 de la misma ley, en asuntos tan claros y precisos como el de la Comisión liquidadora de la Sociedad Hijos de J. Martí Codolar y D. Oscar Pascual, entiende el recurrente que en el caso actual la calidad de las cuestiones sobre las que piden resolución Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany, la redaccion é inteligencia del pacto, y hasta la supresión del recurso de casación contra la decisión de los compromisarios, que aumenta la grave-

dad y trascendencia de la intervención, si no estuviese además muy á la vista el objetivo ó intención revelados desde un principio por aquéllos, merecen y hacen indispensable el examen, discusión y decisión previa de la competencia legal y paccionada de los amigables componedores y de la oportunidad de su intervención; extremos todos muy distanciados de la resistencia al nombramiento voluntario de los compromisarios y del carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor, que la ley atribuye á ese acto concreto de la jurisdicción voluntaria de que hablan los artículos 2175 y 76 de la ley de Enjuiciamiento civil, y más distanciados todavía del acto judicial común *inter volentes;* y Carbonell, que sabe no ha de tener otro momento procesal que éste para discutir y negar competencia al Tribunal de amigables componedores que sus consocios pretenden constituir mediante la intervención judicial y la invocación de los expresados artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede consentir la sumisión á la decisión de aquéllos de cuestiones cuya resolución compete sólo á los Tribunales de justicia, como la rescisión parcial de la Sociedad comanditaria y la determinación de si ha llegado ó no alguno de los casos que el Código de Comercio establece para que haya lugar á ella, y la declaración de la culpabilidad del socio colectivo; pues consentido lo antecedente, nada podría intentar contra lo consiguiente, fuesen como fuesen las resoluciones de esos amigables componedores, y aun cuando implicaran la pérdida entera de su crédito mercantil y de su fortuna; y

Tercero. El art. 833, en relación con el 816 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que los Jueces avenidores ó componedores que pueden no ser citados han de decidir el arbitraje por equidad, según su leal saber y entender, sin necesidad de que sea conforme á derecho y sin sujeción á formas legales; y sin embargo, el auto recurrido accede á la constitución del Tribunal de amigables componedores, para decidir puntos y cuestiones de derecho mercantil positivo, como la primera de las formuladas por Doña Josefa Tríus y D. Francisco C. Maristany; infringiéndose además con esa constitución de dicho Tribunal para resolver acerca de la rescisión parcial de la Sociedad comanditaria de que se trata y de la declaración de exclusión de ella del único socio colectivo y Gerente, á instancia de los comanditarios y con todos los efectos del art. 219 del Código de Comercio, el art. 132, en relación con el segundo apartado del 148, y el párrafo 4.° de este mismo artículo de dicho Código, en cuanto disponen: el primero, que si la facultad privativa de administrar y usar de la firma de la Compañía ha sido conferida en condición expresa del contrato, como aquí en el pacto 4.°, no se podrá privar de ella al que la obtuvo; y el párrafo 4.° del art. 148, que los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la Compañía, ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores, puesto que por el auto recurrido se autoriza que ante un Tribunal de arbitraje, constituído contra la voluntad manifiesta de uno de los interesados, se planteen cuestiones contrarias á los preceptos invocados y á las bases y cláusulas de la escritura social, y se hace posible el establecimiento de un estado de derecho verdaderamente absurdo, y contra el que no se daría, como repetidamente se ha dicho, el recurso de casación por infracción de ley, mediante el cual se pudieran desbaratar tales monstruosidades.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que se ha declarado por este Tribunal Supremo que las disposiciones generales del tít. 1.°, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, y de consiguiente, la consignada en el art. 1817, sólo son aplica-

bles á los actos de jurisdicción voluntaria, especialmente regulados en los demás títulos de dicho libro, en cuanto no se opongan á lo ordenado respecto de cada uno de ellos, como determina el art. 1824; y que el procedimiento establecido en el 2175 y 2176, que tienen por objeto vencer ó remediar la resistencia del interesado en un negocio mercantil, que se niega á nombrar árbitro, es absolutamente incompatible con el precepto del mencionado art. 1817:

Considerando que el auto recurrido, al reponer la providencia por la cual se había hecho contencioso el asunto, y dejar firme y subsistente la que señaló término á D. Joaquín Carbonell para que nombrase amigable componedor, lejos de infringir las disposiciones y doctrinas legales invocadas en el motivo primero, se ajusta al contrato celebrado, á los artículos de la ley procesal antes citados y á lo declarado en la sentencia de 25 de Abril de 1896, toda vez que en la cláusula 14.ª de la escritura de 9 de Enero de 1897 se estipuló claramente que las diferencias suscitadas entre los socios ó sus derechohabientes sobre inteligencia y cumplimiento del contrato se resolverían por amigables componedores; y que la primera cuestión, de la cual se derivan las demás que los socios comanditarios proponen á la decisión de aquéllos, consiste en que se declare si ha llegado ó no el caso de la rescisión parcial de la Compañía, por el motivo séptimo del art. 218 del Código de Comercio, ó sea por haber faltado uno de los socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusiese; y

Considerando que siendo esto así, y no teniendo la resolución impugnada otro alcance que el indicado, carecen de aplicación y no han podido infringirse los demás preceptos legales enumerados en el recurso, que, como los relativos al perfeccionamiento y fuerza obligatoria de los contratos y otros análogos, no se han puesto en duda, ni han sido objeto de discusión;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín Carbonell y Paloma, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 10 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 54.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Febrero, pub. el 22.

COMPETENCIA.—*Reclamación de cantidad.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado de primera instancia de Huelva la suscitada con el de igual clase del distrito de la Latina de Madrid, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. José Aponte contra D. Luis Aponte.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según dispone la regla 1.ª del art 62 de la ley procesal, en los juicios en que se ejerciten acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, será Juez competente en primer término el del lugar en que debe cumplirse la obligación; precepto con el cual está de acuerdo el párrafo primero del art. 1171 del Código civil, al ordenar que el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación:

Que habiéndose estipulado que el pago de una deuda se verificará en la casa ó poder del acreedor, no cabe duda, atendida la natural y genuina significación de tales palabras, que está claramente determinado el punto en que se ha de cumplir el contrato, y por tanto, el Juez competente para conocer del pleito, que no es ni puede ser otro que el del domicilio que tuviese el acreedor cuando el pago hubiera de realizarse.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Febrero de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, entablada por requerimiento de inhibición del Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta capital al de igual clase de Huelva, en el conocimiento de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía interpuesta por D. José Aponte Gallardo, Notario, vecino de Huelva, contra D. Luis Aponte de Miguel, Abogado, avecindado en esta corte, sobre reclamación de cantidad; representados en este Tribunal Supremo, el demandante D. José Aponte por el Procurador D. José de Castro y Quesada, y el demandado D. Luis Aponte por el Procurador D. Gregorio Moreno; habiendo defendido á dicho demandado en el acto de la vista el Licenciado D. Fernando Mayoral:

Resultando que D. José Aponte y Gallardo, vecino de Huelva, acudió al Juzgado de primera instancia de dicha población, con escrito de 13 de Diciembre de 1897, en el cual, haciendo presente que D. Luis Aponte de Miguel se hallaba domiciliado en esta corte, pidió se librara el oportuno exhorto, á fin de que bajo juramento indecisorio reconociera como suyas las firmas puestas al pie de dos documentos privados que acompañaba; en uno de los cuales, fechado en Madrid el 15 de Julio de 1895, y suscrito con la firma «Luis Aponte», se obligaba á pagar á la orden de su tío D. José Aponte Gallardo, en su casa ó poder, la suma de 14.000 reales vellón en dinero efectivo, como los había recibido, y que se la devolvería para el día 1.º de Febrero de 1896; y en el otro, autorizado con igual firma y fechado también en Madrid el 21 de Enero de 1897, se obligaba á abonar al D. José Aponte, en todo el mes de Febrero de aquel año, la cantidad de 1.400 reales vellón, como réditos al 10 por 100 de la que le debía; y remitido, en su consecuencia, el oportuno exhorto á Madrid, y citado en forma D. Luis Aponte, compareció ante el Juzgado, declarando no podía asegurar si eran suyas las firmas que autorizaban dichos documentos, y que negaba terminantemente la deuda, por estar sujeta á una liquidación:

Resultando que con fecha 11 de Junio de 1898, D. José Aponte y Gallardo formuló ante el Juzgado de primera instancia de Huelva demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, con la pretensión de que se condenara á D. Luis Aponte de Miguel á pagarle, no sólo la cantidad de 3.500 pesetas de principal, sino también las de 350 que se obligó á abonar por razón de réditos, más los intereses devengados y que se devengasen hasta la total solvencia, en la proporción declarada en el segundo de los relacionados documentos, y al de las costas del juicio:

Resultando que para fundar su pretensión alegó, sustancialmente, en la demanda: haber entregado á D. Luis Aponte 3.000 pesetas en calidad

de préstamo, que se obligó á devolver el 1.° de Febrero del 96, mediante un documento privado, y haber reconocido en igual forma el 21 de Enero del 97 adeudar 350 pesetas por los réditos devengados al 10 por 100, sin que hubiera entregado cantidad alguna, llegando la mala fe del deudor hasta el punto de negar, aunque en forma vaga, la autenticidad de las firmas y la certeza de la deuda; é invocó entre los fundamentos legales, para determinar la competencia, el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, según cuyo tenor, cuando se ejerciten acciones personales, á cuya clase pertenece la de que se trata, será Juez competente el del lugar en que deba cumplir la obligación, y en consecuencia, lo era el de Huelva para conocer de aquella demanda, toda vez que el documento en que constaba la principal se consignaba que había de cumplirse en el domicilio del acreedor:

Resultando que expedido el oportuno exhorto y citado y emplazado en esta corte D. Luís Aponte de Miguel para contestar la demanda, formuló escrito, que fué repartido al Juzgado del distrito de la Latina, con la pretensión de que se requiriera al de Huelva, á fin de que se inhibiese del conocimiento de aquélla, por cuanto cuando se firmaron los documentos se hallaba D. José Aponte domiciliado en Madrid, á cuya solicitud, de acuerdo con el dictamen Fiscal, accedió el Juzgado, por entender que según doctrina establecida en los arts. 56 y 57 de la ley de Enjuiciamiento civil, el conocimiento de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de todas clases corresponde, en primer lugar al Juez á quien los litigantes se hubieren sometido expresa ó tácitamente, entendiéndose que la sumisión expresa existe tan sólo cuando el interesado renuncia, clara y terminantemente, á su propio fuero, designando con toda precisión el Juzgado ó Tribunal á que se somete, y la tácita, cuando ejecuta actos ó gestiones ante Juez incompetente que impliquen su sumisión al mismo; que si bien en el documento de 15 de Julio de 1895, que sirve de base á la demanda formulada por D. José Aponte y Gallardo, se establece que el pago de la cantidad prestada deberá hacerse en la casa ó poder del acreedor, no podía admitirse en buenos principios de derecho que tales frases, de puro formulismo, impliquen sumisión expresa por parte del deudor á favor del Juzgado del domicilio del acreedor, porque para ello sería necesario, según los preceptos legales citados, no una renuncia general y de fórmula ó rutina, sino la renuncia clara y terminante del propio fuero y la designación precisa del Juez ó Tribunal á quien se haga la sumisión; que fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, en los juicios en que se reclamen acciones personales, á cuya clase corresponde la ejercitada por D. José Aponte, es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, según lo terminantemente dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; y que, con arreglo á este precepto, el Juzgado de Madrid, al que por reparto habían correspondido las actuaciones, era el único competente para conocer en la demanda entablada por Don José Aponte y Gallardo contra D. Luis Aponte de Miguel, puesto que no sólo tenía por objeto el ejercicio de una acción personal, sino que, á mayor abundamiento, en esta corte tenía su domicilio el deudor, en ella se celebraron los contratos cuyo cumplimiento se reclamaba, se perfeccionó la obligacion y empezó á cumplirse en parte, con mutuo asentimiento de los interesados, formalizando el segundo de los documentos en que se fundaba la demanda para el pago de los intereses devengados por el capital del préstamo:

Resultando que impugnada la inhibición ante el Juzgado de Huelva

por D. José Aponte y Gallardo y el Fiscal municipal, se negó aquél á inhibirse, considerando al efecto: que ejercitándose en estos autos por D. José Aponte y Gallardo la acción personal nacida de un contrato de préstamo, en el que se estipuló expresamente que el prestatario había de verificar en su día el pago ó devolución de la cantidad prestada en la casa ó poder del acreedor, no cabia duda alguna de que quedó claramente designado por las partes contratantes el lugar en que la obligación había de cumplirse, y por lo tanto, de que el Juzgado competente para conocer de las cuestiones que dicho contrato origine es el del lugar en que la obligación debe hacerse efectiva, ya que el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato sólo pueden tener competencia cuando no consta ni es posible determinar en el que debe cumplirse la obligación, dada la prelación establecida en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; que las palabras en su casa ó poder referentes al acreedor, empleadas para determinar el lugar en que el pago había de efectuarse, revelan á todas luces que el domicilio de aquél era el fijado para el cumplimiento de la obligacion, puesto que las palabras casa y domicilio vienen á ser una misma cosa, tanto en su acepción gramatical como en la jurídica; y que la expresión en su poder, que disyuntivamente se emplea á continuación de la frase en su casa, no puede tener tampoco otra significación que la de haberse de pagar al acreedor en su residencia, á menos que se incurra en el absurdo de sostener que una persona pueda poner una cosa en poder de un tercero en punto distinto del en que éste se encuentre, por lo cual, y desde el momento en que las referidas palabras no encierran ambigüedad ni oscuridad alguna que hagan dudar de la voluntad de las partes contratantes respecto al lugar en que debía cumplirse la obligación de que se trata, era forzoso aceptarlas en su sentido literal, sin recurrir á reglas de interpretación, que sólo pueden y deben aplicarse respecto á convenciones que contienen cláusulas oscuras y dudosas; y que siendo, como era, indiscutible, por las razones expuestas, que el domicilio de D. José Aponte y Gallardo es donde debe cumplirse la obligación que se intenta hacer efectiva en autos, y teniendo, como tiene, Aponte su domicilio en Huelva, era innegable que dicho Juzgado es el competente para conocer del presente litigio:

Resultando que, á su vez, el Juzgado del distrito de la Latina de esta corte insistió en el requerimiento, conceptuando: que los fundamentos en que se apoya el de Huelva para declararse competente en el conocimiento de los autos que ante él penden, entablados por D. José Aponte y Gallardo contra D. Luis Aponte de Miguel, no desvirtuaban los que el que proveía consignó en su auto de 27 de Agosto último, porque ante el precepto del art. 57 de la ley de Enjuiciamiento civil, que exige para que la renuncia expresa exista la designación clara, terminante y precisa del Tribunal á cuyo favor la sumisión se haga, no pueden tener fuerza legal ninguna las palabras en su casa ó poder, estampadas en el documento privado de 15 de Julio de 1895, por no implicar la renuncia precisa, clara y terminante que aquella disposición preceptúa, ni puede admitirse tampoco que las palabras casa y domicilio signifiquen para tal efecto una misma cosa, aun cuando en el estilo familiar y corriente se conceptúen como sinónimas, puesto que la primera tiene aplicación tan sólo para expresar la habitación destinada á la vida íntima de la familia, y pueden ser varias las que un mismo individuo tenga; y la segunda, únicamente para fijar el lugar en que dicho individuo tiene obligación de cumplir sus deberes de ciudadano, y ejercita como tal los derechos que le conceden las leyes, y el domicilio no debe ser más que uno sólo; que aun admitiendo como sinónimas dichas palabras y estimando

como aceptables en derecho las frases en su casa ó poder, para fijar el lugar del cumplimiento de la obligación consignada en el documento privado de 15 de Julio de 1895, era lo cierto que tal documento se otorgó en Madrid, y que en esta corte tenían entonces sus domicilios los contratantes, de donde lógicamente se deducía que, de existir sumisión expresa, fué indudablemente á favor de los Tribunales de esta capital, pues de haber renunciado el deudor á su propio fuero á favor del que el acreedor disfrutase en todo tiempo, y no exclusivamente al que en el día del otorgamiento tenía, se hubiera consignado en aquel documento que el pago de la cantidad prestada habría de verificarse en la casa que entonces habitaba el acreedor ó en la que pudiera habitar en lo sucesivo; y que, á mayor abundamiento, en el documento privado de 21 de Enero de 1897 no se consignan las palabras en su casa ó poder ni existe sumisión expresa ni tácita, y por consecuencia, estando otorgado el repetido documento en esta corte, los Juzgados de la misma son los llamados á conocer del ejercicio de la acción personal que de él nace, y no el de primera instancia de Huelva, según lo terminantemente dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que, en su consecuencia, han sido elevadas las actuaciones de uno y otro Juzgado á este Supremo Tribunal, pidiendo el Ministerio fiscal que se decida á favor del Juzgado de Huelva la cuestión de jurisdicción entablada:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que, según dispone la regla 1.ª del art. 62 de la ley procesal, en los juicios en que se ejerciten acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, será Juez competente en primer término el del lugar en que debe cumplirse la obligación; precepto con el cual está de acuerdo el párrafo primero del art. 1171 del Código civil, al ordenar que el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación; y

Considerando que ejercitándose una acción personal por D. José Aponte y Gallardo, que en la actualidad se halla domiciliado en Huelva, y habiéndose estipulado en el documento privado de 15 de Julio de 1895, el cual es base de la demanda y no tiene el carácter de pagaré á la orden, que el pago de la deuda se verificaría en la casa ó poder del acreedor, no cabe duda, atendida la natural y genuina significación de tales palabras, que está claramente determinado el punto en que se ha de cumplir el contrato y, por tanto, el Juez competente para conocer del pleito, que no es ni puede ser otro que el del domicilio que tuviese el acreedor cuando el pago hubiera de realizarse;

Fallamos que debemos declarar y declaramos corresponder el conocimiento de la enunciada demanda interpuesta por D. José Aponte Gallardo contra D. Luis Aponte de Miguel al Juzgado de primera instancia de Huelva, al que se remitan, con la oportuna certificación, á los efectos procedentes, las actuaciones que á su vez ha remitido á este Tribunal Supremo, así como también las que igualmente lo han sido por el del distrito de la Latina de esta corte, al que se comunicará la presente resolución; y declaramos de cuenta respectiva de las partes las costas causadas con motivo de la competencia entablada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el

Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 11 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 55.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Incumplimiento de contrato de transporte.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Patrocinio García contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con la Compañía de los Ferrocarriles del Norte.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo, la apreciación de la prueba testifical es de la exclusiva competencia del sentenciador, al tenor de lo dispuesto en el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que respecto de ella quepa recurso de casación.

Resultando que seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta corte y la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio juicio de mayor cuantía, por demanda de Doña Patrocinio García de Torres contra la Compañía de los Ferrocarriles del Norte de España, sobre entrega de unos muebles y efectos é indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de transporte de aquéllos, pronunció la enunciada Sala sentencia de 23 de Febrero del próximo pasado año 1898, confirmatoria de la del susodicho Juzgado, que absolvió de la demanda á la expresada Compañía:

Resultando que Doña Patrocinio García de Torres, después de utilizar, sin éxito, el recurso de casación por quebrantamiento de forma, ha interpuesto el de infracción de ley, alegando en el quinto de los motivos que expone para fundarle, cometer la sentencia recurrida la á que se refiere el núm. 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento, no estimando probado que los perjuicios invocados en la demanda reconozcan por causa la dilación de la Compañía en transportar las camas, baúles, ropas y efectos, por no afirmarlo los testigos traídos á la prueba, cuando la misma sentencia establece en su resultando cuarto la contestación de los cinco examinados, todos los cuales, excepto el último, que si bien lo reconoce no lo afirma de un modo categórico, dicen que los cuantiosos gastos y los perjuicios sufridos por la demandante y su familia lo fueron por el retraso en transportarles sus camas, sus ropas y efectos precisos para la vida, además de que los gastos mismos por sí lo comprueban, puesto que consistiendo en pupilajes de casas de huéspedes, alquileres de efectos y camas, y deficiencias en sus ropas en la estación del invierno, claro aparece, sin necesidad que lo afirmaran, como lo afirmaron los testigos, que de haber transportado la Compañía del ferrocarril lo facturado no hubieran tenido necesidad de hacer tales gastos, ni hubieran sufrido los rigores del invierno, que agravaron la enfermedad que padecía una hermana de la recurrente, y contribuyeron, si de ello no fueron la causa, á los catarros y tisis galopante que llevaron al sepulcro á un hermano de la misma que vivían con ella; por lo que la sentencia, al no estimar, con el indicado error de derecho y aun de hecho que aparece del

citado resultando cuarto, la fuerza probatoria de los testigos, infringía la ley 40, tít. 16 de la Partida 3.ª, y el art. 659 de la de Enjuiciamiento civil; y si bien no habían estado categóricos todos aquéllos en apreciar la cuantía de los perjuicios, no era esto motivo para la absolución, porque reconocida y justificada la existencia de los daños y perjuicios establece el art. 360 de la propia ley de Enjuiciamiento que de no fijarse en la sentencia el importe de la cantidad líquida á que se condene, se determinen por lo menos las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidación, y que en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se haga la condena á reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en las diligencias para su ejecución:

Resultando que el Ministerio fiscal se ha opuesto á que se admita respecto al enunciado motivo quinto.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que el motivo quinto, aparte la cita impertinente que en él se hace de una ley de Partida que no es hoy aplicable, sólo se funda en la apreciación que hace el recurrente del resultado de la prueba testifical, y como, según tiene declarado este Supremo Tribunal, dicha apreciación es de la exclusiva competencia del sentenciador, al tenor de lo dispuesto en el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que respecto de ella quepa recurso de casación, es notoriamente inadmisible dicho motivo;

No ha lugar á admitir el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por parte de Doña Patrocinio García de Torres respecto al quinto de los motivos alegados para fundarle; se admite dicho recurso en cuanto á sus demás motivos; publíquese este auto según previene la ley; y libradas que sean las copias necesarias para la enunciada publicación, dése cuenta.

Madrid 11 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 56.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Mariano Ruiz contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Eladio Hilarión Guinea. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que consignándose en documento privado, suscrito por los individuos de una Sociedad regular colectiva, que un tercero aportó á la misma un determinado capital, y que el expresado documento serviría de resguardo mientras se procedía al otorgamiento de la escritura de ampliación de la Sociedad, de acuerdo con las bases que convinieran, es evidente que, no habiendo llegado este caso, carecen de oportunidad y aplicación los arts. 50, 51 y 52, núm. 1.º, del Código de Comercio para suponerlos infringidos por la sentencia que, estimando la demanda de los herederos de dicho tercero, condena á los socios mencionados, solidaria y mancomunadamente, al pago del capital por aquél aportado y al de sus intereses legales, porque la única eficacia que podía reconocerse al referido documento privado, según la voluntad de las partes, sería en el sentido de compelerse á esta-

blecer las bases de la nueva sociedad en la forma prescrita por la ley:

Que no infringe el art. 48 del Código de Comercio la sentencia que, sin desconocer el valor y eficacia probatoria de los asientos de unos libros de comercio, estima su concepto jurídico en sentido distinto del que les atribuye el recurrente

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta capital y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Eladio Hilarión Guinea y Gómez, Presbítero, como tutor de las menores de edad Doña María de los Dolores, Doña María Paula y D. Gregorio Gómez Pantoja y Guinea, contra D. Mariano Ruiz Casillas y D. Jorge y D. Fidel González Santelices, comerciantes, vecinos todos de esta corte, sobre pago de cantidad; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Mariano Ruiz Casillas, representado por el Procurador D. Francisco Miranda y García Cernuda y defendido por el Licenciado D. Vicente Rodríguez; no habiendo comparecido los demás litigantes en este Tribunal Supremo:

Resultando que en un documento privado, fechado en Madrid el 18 de Julio de 1889, reconocieron D. Jorge y D. Fidel González Santelices y D. Mariano Ruiz Casillas haber recibido de D. César López Pantoja, el 25 de Mayo anterior, 15.000 pesetas; el 4 de Junio, otras 15.000, y el 26 del mismo mes, 7.500, que formaban en junto 37.500, que constituían su aportación de capital á la Sociedad regular colectiva, formada por los tres que suscribían el documento, bajo la razón Jorge González Santelices, sucesor de A. Piquet, á partir desde el día 1.º de aquel mes de Julio, y para su resguardo, y mientras se procedía al otorgamiento de la correspondiente escritura de ampliación, de acuerdo con las bases que se convinieron, firmaban dicho documento los prenombrados D. Jorge y D. Fidel González y D. Mariano Ruiz:

Resultando que D. César López Pantoja falleció en Madrid el 27 de Octubre de 1892, dejando como únicos y universales herederos á sus hijos, menores de edad, Doña María de los Dolores, Doña Paula y D. Gregorio López Pantoja y Guinea, de quienes nombró tutor á D. Eladio Hilarión Guinea; y practicadas las operaciones de testamentaría, se adjudicó á dichos herederos por terceras partes y proindiviso un crédito de 37.500 pesetas contra D. Jorge y D. Fidel González y D. Mariano Ruiz, según documento privado de fecha 18 de Julio de 1889:

Resultando que D. Eladio Hilarión Guinea y Gómez, en el expresado concepto de tutor de Doña María de los Dolores, Doña María Paula y D. Gregorio Gómez Pantoja, con fecha 3 de Enero de 1895 formuló demanda, que fué repartida al Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte, con la pretensión de que se condenase á Don Jorge y D. Fidel González Santelices y D. Mariano Ruiz á pagar, personal y solidariamente, en el plazo improrrogable de quinto día, la cantidad de 37.500 pesetas, con los intereses, y las costas:

Resultando que en la precitada demanda expresó D. Eladio Hilarión Guinea sustancialmente, á más de lo anteriormente relacionado: haber fallecido D. César López Pantoja sin que se hubiera otorgado la escritura de ampliación á que se refería el documento privado de que ya se hizo mérito, por lo que el demandante, una vez terminada la testamentaría y puesto en posesión del cargo de tutor, reclamó privadamente las 37.500 pesetas á los deudores, que jamás negaron la deuda, versando

únicamente la discusión en las diferentes conferencias que celebraron acerca del interés que debían satisfacer y de los plazos para la devolución del capital; haber propuesto los deudores como bases para el arreglo se redujera el crédito á 36.723 pesetas 50 céntimos, porque dijeron que el D. César López Pantoja había tomado del comercio de aquéllos efectos por valor de 776 pesetas 50 céntimos, proposición que aceptó el demandante, aun cuando no tenía noticia de dichas compras, disponiéndose, en consecuencia, á otorgar la correspondiente escritura, lo cual no llegó á efectuarse, porque D. Mariano Ruiz se opuso á ello con el pretexto de que se había separado de la Sociedad que formaban los demandados; y haber sido inútiles las demás gestiones realizadas después privadamente para conseguir el cobro; citó entre los fundamentos legales los arts. 127 del Código de Comercio y 661 y 1108 del civil, y acompañó á la demanda varios documentos:

Resultando que declarado rebelde D. Fidel González Santelices y decretado el embargo de sus bienes, D. Mariano Ruiz contestó la demanda, pidiendo se le absolviera de ella é impusiera las costas al actor, alegando al efecto: haber solicitado D. César López Pantoja ingresar como socio en la Compañía mercantil Jorge González Santelices, sucesor de A. Piquet, establecida en esta corte mediante escritura de 5 de Junio de 1883; y habiendo accedido á ello los socios que la formaban, aportó el D. Cesar López, después de estudiar detenidamente la situación del establecimiento, 37.500 pesetas, con el fin de ingresar en iguales condiciones á las que tenían los demás socios, debiendo comenzar á regir desde el 1.° de Julio de 1889, facilitándole, mientras se otorgaba la escritura de ampliación, el documento privado base de la demanda; no haber podido conseguir D. Mariano Ruiz de D. César López Pantoja que se formalizara la escritura de ampliación, y llegado el 30 de Julio del 91, en cuya fecha terminaba la mencionada Sociedad, manifestó el D. Mariano á los demás consocios su propósito de no continuar formando parte de ella y su deseo de que se procediera á una liquidación, habiéndole otorgado en 9 de Noviembre de 1892 D. Jorge y D. Fidel González, después de muerto D. César López Pantoja, una escritura, de la que acompañaba copia, disolviendo la Sociedad y reconociendo á su favor la cantidad de 30.000 pesetas; no haberle hecho el demandante proposición alguna de arreglo, pues solamente á primeros de Marzo de 1893 pretendió que concurriera á otorgar un documento público, por virtud del cual la aportación del López Pantoja se convertía en simple préstamo con interés reembolsable en fecha determinada, á lo cual se había negado el D. Mariano Ruiz; y haberse convertido López Pantoja, por virtud de su aportación, en uno de los partícipes de los derechos y obligaciones de la Sociedad; é impugnó como importunas las citas de derecho aducidas en la demanda, invocando por su parte los arts. 50, 51 y 127 del Código de Comercio y el párrafo último del 1280:

Resultanto que D. Jorge González Santelices á su vez se opuso á la demanda, sosteniendo al efecto, además de reconocer como ciertos algunos de los hechos en aquélla consignados, haberse sufrido error al considerar en el inventario de los bienes de D. César López Pantoja como un crédito las 37.500 pesetas que se hallaban afectas á los negocios de la Sociedad; y no ser cierto que en las conferencias celebradas con el demandante hubiera aceptado que dicha aportación se reputase como una entrega ordinaria, ni que devengase interés alguno; y citó los artículos 50 y 51 del Código de Comercio y la sentencia de 5 de Junio de 1871:

Resultando que evacuados por las partes los traslados de réplica y

dúplica y recibido el pleito á prueba, se practicó la de confesión en juicio, documental y de testigos, testimoniándose del libro diario de la Sociedad Jorge González Santelices, sucesor de A. Piquet, varios asientos, según los cuales, en 25 de Mayo de 1889, D. César López Pantoja entregó 15.000 pesetas á cuenta de su aportación á la Sociedad; en 4 de Junio otras 15.000, y en 26 del mismo mes 7.500, como saldo de su aportación á dicha casa; apareciendo en el expresado libro, en 30 de Junio de 1889, otro asiento, consignado en los siguientes términos: «D. César López Pantoja, importe de su aportación convenida con el mismo para ingresar como socio en la casa desde 1.º de Julio próximo, 37.500 pesetas»; y al final de los asientos de dicho día, una nota, según la que, desde aquella fecha formaba parte de la casa como socio de la misma D. César López Pantoja:

Resultando que el Juzgado, después de los demás trámites, dictó sentencia, que fué apelada por D. Mariano Ruiz Casillas y D. Jorge Santelices, y confirmada por la que en 7 de Junio de 1898 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, condenando á los demandados que en 18 de Julio de 1889 formaban la Sociedad mercantil que con la razón Jorge González Santelices, sucesor de A. Piquet, giraba en esta plaza, á que mancomunada y solidariamente paguen, dentro del término de quinto día, á los demandantes, como herederos de D. César López Pantoja, la cantidad de 37.500 pesetas é intereses legales de dicha suma desde la contestación á la demanda, sin hacer expresa condena de costas de primera instancia é imponiendo las de la alzada á los apelantes:

Resultando que D. Mariano Ruiz Casillas ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 51 del Código de Comercio, por interpretación errónea, y el 50 del mismo Código, 91 del civil y la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1876, por no haberse tenido en cuenta; en cuanto la Sala sentenciadora no da valor alguno al contrato de autos, pues si bien los negocios de comercio deben resolverse por su legislación especial, es indudable que en ciertos casos, y á falta de disposición concreta, pueden y deben aplicarse á ellos las prescripciones del derecho común; no siendo fundamento que desvirtúe tal argumento el núm. 1.º del art. 52 del citado Código de Comercio, invocado en la sentencia recurrida, porque la falta de eficacia y acción de un contrato que no consta en escritura pública, forma exigida por la ley especial para su validez, no puede entenderse sino respecto de terceras personas, y nunca puede servir para negar vínculos creados por la voluntad de las partes, y porque debe atenderse á las reglas de interpretación de los contratos fijadas en los arts. 1281 y siguientes del Código civil, especialmente á la de que, siendo claros sus términos de modo que no dejen duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, hasta el punto de que si las palabras parecieren contrarias á dicha intención, prevalecerá ésta sobre aquéllas; y

Segundo. El art. 48 del Código de Comercio, por no haberse aplicado al caso de autos, cometiéndose verdadero error de derecho en la apreciación de las pruebas practicadas á instancia de los mismos demandantes, toda vez que en la sentencia recurrida se niega valor probatorio á los asientos del libro Diario de la Sociedad, deduciendo con tal interpretación que D. César López Pantoja no perteneció á la regular colectiva Jorge González Santelices, sucesor de A. Piquet, contradiciéndose con

ello, pues en la misma sentencia se reconoce que Pantoja tenía tal carácter, por constar su aportación social en dicho libro Diario.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que si bien es un hecho reconocido por las partes que entre los Sres. D. Jorge González Santelices, D. Mariano Ruíz y D. César López Pantoja, según el documento privado de 18 de Julio de 1889, se celebró un pacto por el que el último de aquéllos, previa la entrega de 37.500 pesetas, entraba á formar parte de la Sociedad mercantil que los tres primeros tenían constituída por escritura de 5 de Junio de 1883, como quiera que en el mismo se consigna que el *expresado documento serviría de resguardo mientras se procedía al otorgamiento de la escritura de ampliación de la Sociedad de acuerdo con las bases que convinieran*, como no llegó este caso, es evidente que carecen de oportunidad y aplicación las disposiciones legales que como infringidas se citan en el primer motivo, puesto que la única eficacia que podía reconocerse al documento privado, según la voluntad de las partes, era el de compelerse á establecer las bases de la nueva Sociedad en la forma prescrita por la ley:

Considerando, respecto de la infracción alegada en el segundo de los motivos, que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte no ha desconocido el valor y eficacia probatoria de los asientos de los libros á que en él se hace referencia, lo que es independiente del concepto jurídico que revela el hecho de haberse consignado en ellos las aportaciones sucesivas traídas por D. César López Pantoja, sin haberse llegado á constituir la Sociedad, según lo expuesto en el anterior considerando, y que no se demuestra error ninguno de hecho ni de derecho en cuanto á la afirmación contenida en la sentencia recurrida, relativa á no constar que López Pantoja hubiese participado de cantidad alguna de los productos sociales, lo que en otro caso podría significar el funcionamiento, siquiera fuese ilegal, de la Sociedad que unos y otros se propusieron formar;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mariano Ruiz Casillas, á quien condenamos al pago, si se le hubiere negado ó negase el beneficio de la defensa por pobre en el incidente de su razón, ó si otorgado al mismo tal beneficio viniese á mejor fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; no hacemos imposición de costas, mediante haber sólo comparecido en este Tribunal Supremo dicha parte recurrente; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique de Illana y Mier, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 11 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario Maria González y Torres.

Núm. 57.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Febrero, pub. el 1.º de Marzo.

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juez municipal de Tudela la suscitada con el de igual clase de Haro, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. José Garnica contra D. Felipe Escribano.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el pago de precio de la cosa vendida debe efectuarlo el comprador, según dispone el art. 1500 del Código civil, en el lugar donde se entregó la misma cosa:

Que no es obstáculo para la observancia de esta regla el que en ocasiones semejantes se hubiese efectuado el pago por medio de giro de letras á cargo del comprador, porque este medio expeditivo de negociación de valores no coarta el derecho del vendedor para que se le pague donde exista la cosa vendida, según tiene declarado la sentencia de 23 de Mayo de 1892.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Febrero de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, en virtud de inhibitoria propuesta por el Juez municipal de Haro al de igual clase de Tudela en el conocimiento del juicio verbal sobre pago de pesetas, promovido ante el último por Don José Garnica García, traficante, y vecino de Tudela, contra D. Felipe Escribano Sáez, comerciante de frutas y vecino de Haro; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo ninguna de las partes:

Resultando que ante el Juez municipal de Tudela formuló D. José Garnica García, en 9 de Diciembre de 1898, demanda de juicio verbal en reclamación de 250 pesetas, que era en deberle D. Felipe Escribano, vecino de Haro, por unos géneros que en comisión le había remitido en el año 1897:

Resultando que admitida la demanda y librada orden al Juez municipal de Haro para la citación del demandado, propuso éste inhibitoria de jurisdicción, alegando: que la acción ejercitada era personal, y, por tanto, competente el Juez del lugar del cumplimiento de la obligación, que había sido la ciudad de Haro, donde siempre había pagado al demandante por medio de giros librados por éste, en los distintos negocios que ambos habían tenido; y que aun cuando no constara dicho lugar, resultaría igualmente la competencia de aquel Juzgado, por tener allí su domicilio, de conformidad con la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento criminal:

Resultando que el Juez municipal de Haro, de conformidad con el dictamen fiscal, dictó auto inhibitorio en 17 de Diciembre, en consideración á los mismos fundamentos expuestos por el demandado; y recibido en el Juzgado de Tudela el oficio inhibitorio, con el testimonio correspondiente, lo impugnó D. José Garnica, fundado en que había obrado como comisionista ó mandatario de Escribano, y en los contratos de mandato es competente el Juez del lugar del cumplimiento de la obligación, teniéndose por tal aquel donde se hubiesen prestado los servicios de la comisión; principio que se hallaba sancionado por las leyes y por repetidas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, por las de 4 de Julio de 1884 y 1.º de Febrero de 1886, que dispone que el mandatario ó comisionista debe ser reintegrado de los anticipos y gastos hechos por cuenta del mandante y de sus derechos de comisión en el lugar donde prestó sus servicios, y por la de 12 de Mayo de 1887:

Resultando que oído el Ministerio fiscal, el Juez municipal de Tudela, por auto de 30 de Diciembre, sostuvo su competencia, por considerar que para su determinación había que distinguir si la acción ejercitada era personal ó si provenía de un contrato de comisión, y que teniendo la cantidad reclamada esta procedencia, que no negaba el demandado, pues antes bien le prestaba su conformidad al manifestar que había pagado giros que le había librado el actor, era aquel punto donde el comisionista debía ser indemnizado de los desembolsos hechos para el pago de los productos, portes é importes de la comisión:

Resultando que el Juez requirente insistió en su competencia por auto de 13 de Enero del corriente año, en cuya virtud elevaron ambos sus actuaciones á este Tribunal Supremo, con los debidos emplazamientos, y se sustanció la competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que el hecho que ha dado origen á la presente competencia es, según resulta de las manifestaciones de ambas partes, el de haber enviado D. José Garnica, de Tudela, á D. Felipe Escribano, de Haro, géneros de comercio vendidos en comisión por aquél á éste, y lo que se reclama no son los anticipos ó gastos hechos por el comisionista, sino el importe de los efectos vendidos:

Considerando que el pago del precio de la cosa vendida debe efectuarlo el comprador, según dispone el art. 1500 del Código civil, en el lugar donde se entregó la misma cosa; y

Considerando que los efectos vendidos por Garnica á Escribano se entregaron en Tudela, siendo éste por ello el lugar donde debe reclamarse el cumplimiento de la obligación de pagarlos, sin que ponga obstáculo el que en ocasiones semejantes se haya efectuado el pago por medio de giro de letras á cargo de Escribano, porque este medio expeditivo de negociación de valores no coarta el derecho del vendedor para que se le pague donde existía la cosa vendida, según tiene declarado la sentencia de 23 de Mayo de 1892;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada por D. José Garnica García contra D. Felipe Escribano Sáez corresponde al Juez municipal de Tudela, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; poniéndose esta resolución en conocimiento del Juzgado municipal de Haro; y no hacemos declaración sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 13 de Febrero de 1899.=Licenciado, Jorge Martínez.

Núm. 58.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Litisexpensas.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Carmen Marlasca contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Mariano Viejo.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no infringe la ley 16, tít. 22, partida 3.ª, ni el art. 359 de la de Enjuiciamiento civil, la sentencia que implícitamente resuelve los extremos de la demanda.

Que concedidas las litisexpensas para el pleito de divorcio, ha de entenderse que lo están para las incidencias que se promuevan en éste, por lo que otorgando aquéllas la Sala sentenciadora no es de estimar la infracción de los artículos 68, 103, 106, 107 y 1408 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Febrero de 1899, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta corte y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia territorial por Doña Carmen Marlasca Gómez, mayor de edad, casada, contra su esposo D. Mariano Viejo y Bacho, Médico, ambos vecinos de esta capital, sobre designación de litisexpensas; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la Doña Carmen, representada por el Procurador D. José María Cordón, y defendida por el Licenciado D. Manuel López y Garat; estándolo la otra parte por el Procurador D. Antonio García Merás y el Letrado D. Apolinar Pérez García:

Resulando que según testimonio expedido por el Notario mayor del Provisorato y Vicaría general del Obispado de Madrid-Alcalá en 22 de Septiembre de 1897, con fecha 28 de Abril del mismo mes y año formuló Doña Carmen Marlasca y Gómez contra su marido D. Mariano Viejo Bacho demanda de divorcio *quo ad thorum et mutuam cohabitationem*, con la pretensión de que se declare en su día haber lugar á la separación de dicho matrimonio por sevicia, cohabitación molesta y peligro espiritual, quedando la hija al cuidado de la demandante, con las costas al demandado; y por otrosí promovió incidente de pobreza para seguir aquellas actuaciones:

Resultando que declarada en suspenso la tramitación de la demanda de divorcio hasta tanto que se resolviese el incidente de pobreza promovido, se remitió á instancias de la parte actora certificación de haber intentado la demanda de divorcio referida para acreditar este extremo en las diligencias de depósito promovidas por la Doña Carmen Marlasca ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta corte, cuyo depósito fué ratificado:

Resultando que con estos antecedentes, Doña Carmen Marlasca y Gómez, en 12 de Junio de 1897 formuló la demanda origen de estos autos, y alegó: que era legítima esposa de D. Mariano Viejo y Bacho, como justificaba con la certificación que acompañó, expedida por el Juez municipal del distrito de la Audiencia de esta corte; que desde el momento en que se veía precisada á acudir á los Tribunales de justicia y se habían incoado procedimientos en el Juzgado y en el Provisorato para litigar con su marido, se habían originado gastos que ella no podía sufra-

gar por carecer de bienes, y como habían de seguir causándose otros muchos, á menos que renunciara á ejercitar las acciones que la asistían, necesitaba reclamar de su marido litisexpensas, puesto que según la ley era el obligado á prestarlas; que carecía de bienes y no disponía de otros recursos para atender á sus necesidades y á las de su hija, que se hallaba en el período de lactancia, que la exigua pensión de 125 pesetas mensuales que le había sido señalada en concepto de alimentos provisionales; y que su marido era rico en sentido legal, pues además de los emolumentos que como Médico Director de los baños de Jaraba percibía, era propietario de fincas rústicas y urbanas de bastante consideración en la provincia de Guadalajara, y poseía otros medios de fortuna que acreditaban ventajosa posición social; por lo que pidió se condenase á su marido á prestarla en concepto de litisexpensas para costear las que se le habían originado y pudieran originársele en lo sucesivo en las diligencias de depósito, en el pleito de divorcio ya incoado, en estos autos y en los demás que con tal motivo se viera obligada á sostener con él, y se fijara la cantidad que debía satisfacer para ello y la forma y persona á quien habían de entregarse por anticipado:

Resultando que D. Mariano Viejo y Bacho contestó la demanda, y expuso como hechos: que Doña Carmen Marlasca y Gómez, sin razón justificada, como no fuera la de su irascible carácter, venía acusando á su marido de actos tan graves como los que expuso en la denuncia formulada contra el mismo ante el Juez de guardia el 15 de Marzo de 1897, siguiendo el proceso en el Juzgado del Centro, del que resultó la falsedad completa de la denuncia, puesto que la Sección cuarta de lo criminal de la Audiencia de Madrid dictó auto de sobreseímiento libre; que no habiendo logrado sus propósitos Doña Carmen en el procedimiento criminal, pidió depósito de su persona y alimentos provisionales, é incoó una demanda de divorcio contra su marido, acusándole de malos tratamientos de palabra y obra, la que contenía en suma lo mismo que la denuncia que se declaró ser producto de la irascibilidad de Doña Carmen ó de sugestiones extrañas; que con los expresados antecedentes demostrativos de la inexactitud de los asertos de la demanda de divorcio, Doña Carmen Marlasca solicitaba litisexpensas para seguir el divorcio con su marido, como para los demás procedimientos ó reclamaciones que tuviera que suscitar; y que con anterioridad á la presentación de la demanda, ó sea en 28 de Abril del 97, Doña Carmen Marlasca solicitó ser declarada pobre para litigar con su marido, y con derecho á los beneficios del art. 14 de la ley de Enjuiciamiento civil, resultando que la misma venía á solicitar litisexpensas del marido, manteniendo con anterioridad su pobreza para litigar con aquél; por todo lo cual pidió se declarase que D. Mariano Viejo no venía obligado á satisfacer litisexpensas, sino á estar á lo que en cada caso resolviesen los Tribunales que entendían en los diferentes pleitos, que eran los únicos llamados á conocer y apreciar la necesidad de la defensa y naturaleza y extensión de las obligaciones que debiera afectar legalmente á los bienes gananciales, sin perjuicio de estimar en su caso la renuncia de los derechos de la demandante ante la declaración de pobreza, absolviéndole de la demanda con expresa condenación de costas:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicó documental, y entre ella se trajo un testimonio expedido por el Notario mayor del Provisorato y Vicaría general del Obispado de Madrid-Alcalá, haciendo constar que en los autos pendientes en dicho Tribunal á instancia de Doña Carmen Marlasca contra su esposo D. Mariano Viejo, se presentó por la demandante un escrito con fecha 18 del mismo mes, pidiendo en

lo principal se tuviese á su parte por desistida de la demanda incidental de pobreza que había iniciado en los referidos autos; y por otrosí solicitó se la expidiera y entregara certificación de su escrito y de la providencia que recayera, para hacer constar en los autos sobre litisexpensas el desistimiento y providencia de 22 de Diciembre de 1897, se tuvo por desistida de la demanda de pobreza á Doña Carmen Marlasca, mandando expedir la certificación solicitada y practicar la información en la demanda principal de divorcio:

Resultando que la parte demandada se opuso á la admisión del documento, y dado traslado á la parte actora del escrito de impugnación, pidió se reconociese la eficacia del documento presentado, por hallarse el mismo comprendido en la primera de las excepciones del art. 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que se tuviera en cuenta en definitiva el hecho que el mismo contenía:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, y después de absolver posiciones el demandado en la segunda, la Audiencia de Madrid, en 15 de Junio de 1898, dictó sentencia revocatoria de la del inferior, que declaró que la demandante tenía derecho á la litisexpensa reclamada, y condenó, por consiguiente, al demandado á satisfacer á la representación y defensa de aquélla los derechos y suplementos que se le causaren en el juicio de divorcio, diligencias de depósito, alimentos é incidentes que se pudieran promover por la Doña Carmen en defensa de sus derechos, sin perjuicio de lo que se resolviese en definitiva respecto á dichos gastos por el Tribunal eclesiástico en la sentencia definitiva que se dictase, con imposición de las costas causadas á la parte actora; y declaró en su lugar que D. Mariano Viejo Bacho venía obligado á entregar á su esposa Doña Carmen Marlasca, para sostener el pleito de divorcio entablado hasta obtener sentencia firme, la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará durante la tramitación de aquél, ó desde luego si le conviniese, sin hacer expresa condena de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que Doña Carmen Marlasca y Gómez ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra el anterior fallo, fundado en el núm. 1.º del art. 1689 de la ley de Enjuiciamiento civil, y comprendido en los párrafos primero, segundo, tercero y séptimo del 1692 de la misma, por los siguientes motivos:

Primero. Por incongruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas en la demanda, infracción del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil; la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, y la doctrina establecida, entre otras sentencias de este Tribunal Supremo, en la de 10 de Febrero de 1895 y 17 de Enero de 1896: cuyos preceptos y doctrina legal establecen que para que las sentencias sean congruentes es condición necesaria que su ajusten y conformen á la manera que fué hecha la demanda y á los términos de la súplica; toda vez que la recurrente, en su demanda, solicitó en definitiva que se condenase á D. Mariano Viejo á la prestación de litisexpensas á la recurrente, satisfaciendo todas las costas que á ésta se habían originado y pudieran originársele en lo sucesivo en las diligencias de depósito, en el juicio de divorcio, en los demás incidentes que se viere obligada á sostener contra su marido y en el incidente origen de estos autos, y que la suma que se fijara para sufragar las indicadas litis se entregase por anticipado á la representación de la hoy recurrente; y el fallo recurrido condena al demandado á entregar á su esposa 1.000 pesetas para sostener el pleito de divorcio, dejándole la facultad de entregárselas cuando le plazca, no concediendo expresamente ni negando las litis solicitadas para pago de los gastos ocasionados en

las diligencias de depósito, los del actual incidente ni de los que se vea obligada á entablar la recurrente:

Segundo. Infracción de los artículos 359 y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil y del art. 1408 del Código, según el cual, es obligación del marido sufragar los gastos ó deudas contraídas por la mujer en los casos en que puede legalmente obligar á la sociedad conyugal; y las sentencias de este Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1897, 15 de Abril de 1896, 9 de Abril de 1886, 3 de Octubre de 1883 y 6 de Abril de 1878, que establecen la misma doctrina, porque el fallo recurrido no contiene declaración alguna sobre el abono de las litisexpensas ó gastos causados en las diligencias de depósito, ni en los de este incidente, cuyas pretensiones ambas han sido aducidas en el pleito oportunamente, siendo estos gastos verdaderas deudas legalmente contraídas por la mujer con cargo á la sociedad conyugal; y los artículos 106 y 107 del Codigo civil, en relación con el 103 y 68 del mismo, el primero de los cuales autoriza á la mujer para pedir el divorcio, y el segundo establece que es aplicable á éste y sus incidencias lo preceptuado en el 103, el que á su vez ordena á los Tribunales que adopten las medidas indicadas en el 68, entre las que está la del depósito de la mujer en los casos y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil; cuya infracción comete la Sala sentenciadora al no estimar la pretensión de que se trata, pues constando que el divorcio se ha pedido y que se han practicado las diligencias de depósito con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, y por carecer de bienes la mujer y conceptuarla rica la ley, equiparándola al marido, tiene que solicitar la litisexpensa, es evidente que todos los gastos judiciales que esas diligencias ocasionen son legales y obligan á la sociedad conyugal, y debe satisfacerlas el marido, así como las que ocasione el pleito de divorcio:

Tercero. Error de hecho, toda vez que en el tercer fundamento legal de la sentencia recurrida se dice que la parte actora ha reclamado se fije concretamente la cantidad que el demandado debe satisfacer para sostener el pleito de divorcio y los demás que puedan sucitarse; cuando también se ha reclamado la cantidad que el demandado debe satisfacer por todas las expensas, gastos ó costas que se le han originado y puedan originarse en las diligencias de depósito y en el incidente de litisexpensas, hecho aceptado por la Sala sentenciadora al aceptar los resultandos de primera instancia en donde así se hace constar; y

Cuarto. Por error de derecho, consiguiente del error de hecho, señalado en el motivo anterior, infracción de la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Enero de 1897, 15 de Abril de 1896, 9 de Abril de 1886, 3 de Octubre de 1883 y 6 de Abril de 1878, de que la obligación de prestar el marido litisexpensas nace con el hecho de los gastos judiciales, pues el marido tiene la obligación de representar á su mujer, y cuando no puede hacerlo, tiene la obligación de sufragar los gastos que origine la defensa de sus derechos, cuya obligación se funda en las relaciones de familia; puesto que la Sala sentenciadora no ha aplicado el art. 1408 del Código civil á los gastos de las litisexpensas y de las diligencias de depósito de la recurrente, y no ha dispuesto que los abone su marido, consignándose en cambio en los fundamentos de la sentencia recurrida, que se excluía así la libertad de incoar pleitos caprichosos ó temerarios al efecto que se perseguía, lo cual no es de aplicación, pues ni el depósito ni el incidente de litisexpensas van á ser incoados, ni están subordinados al pleito de divorcio, ni han sido ni son temerarios ni caprichosos, toda vez que dichos procedimientos los impone la ley á la mujer casada que carece de bienes, pero tiene esposo,

rico é intenta divorciarse, así como de los demás incidentes que con arreglo á la ley se vea la esposa precisada á suscitar á su marido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que no existe en la sentencia recurrida la incongruencia que se alega en el primer motivo del recurso, porque revocatoria como es de la de primera instancia, sólo deja subsistente de ella el abono de 1.000 pesetas para litisexpensas del pleito sobre divorcio en la forma de pago que determina, siendo evidente que implícitamente resuelve los demás extremos de la demanda, expresándose en los fundamentos del fallo que no era legalmente posible por ahora imponer otra responsabilidad al marido:

Considerando que concedidas las litisexpensas para el pleito de divorcio, ha de entenderse que lo están para las incidencias que se promuevan en éste, entre las que se comprenden las referentes al depósito de la mujer y aun las motivadas por la reclamación de las mismas, así es que no puede afirmarse que se hayan infringido las leyes y doctrina invocadas en el segundo motivo del recurso:

Considerando que no es error de hecho lo que supone la recurrente en el tercer motivo, porque al expresar la sentencia que la actora pide que se fije la cantidad que el demandado debe satisfacer para sostener el pleito de divorcio y demás que puedan suscitarse, están comprendidos todos en esta última frase, y ni aun la omisión, si existiera, que en dicho motivo se alega constituiría un error de hecho de los que dan lugar á casación; y claro es que no existiendo el error de hecho, tampoco el de derecho, que se dice ser consecuencia del anterior en el cuarto motivo, viniendo á repetir lo expuesto en el segundo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Carmen Marlasca Gómez, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 13 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 59.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de contratos.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Don Eduardo Riera contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Juan de Desvalls. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no infringe la ley 5.ª, tít. 23, Partida 7.ª, el fallo que para entender la voluntad del testador parte de un supuesto aceptado sin controversia por ambas partes litigantes:

Que para invocar el fallo de casación dictado en un pleito como jurisprudencia respecto de otro, es preciso que no exista entre ambos diferencias sustanciales.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia de Granollers y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Josefa Bassa y Pedrals y su hijo D. Eduardo Riera y Bassa, propietarios, vecinos de La Garriga, contra D. Juan de Desvalls y de Amat, Marqués de Alfarrás y de Lupiá, también propietario, vecino de Barcelona, sobre nulidad de contratos y otros extremos; autos pendientes ante Nos, en recurso de casacion por infracción de ley, admitido al D. Eduardo Riera, que está representado por el Procurador D. José María Cordón y Estecha y defendido por el Licenciado D. Antonio Comyn; habiendo comparecido también en este Tribunal Supremo D. Juan de Desvalls y de Amat, Marqués de Alfarrás, á quien representa el Procurador D. Antonio Bendicho y Rodríguez, siendo su Letrado defensor en el acto de la vista D. Ernesto Vilaregut:

Resultando que D. Esteban Illa y Angelet falleció en La Garriga el 25 de Enero de 1759, con testamento otorgado el 18 de aquel mes, en el que, entre otras disposiciones, consignó que de todos los demás bienes suyos, muebles é inmuebles, habidos y por haber, voces, derechos y acciones que estuviesen en cualquier parte del mundo, que le pertenecieran ó pudieran pertenecerle entonces y en lo sucesivo por cualquier causa y razón; dejaba y ortogaba y heredero universal hacía é instituía á D. Esteban Illa, hijo suyo primogénito, y por muerte de él á sus hijos é hijas, no todos juntos, sino al uno después del otro, hasta la cuarta generación, queriendo que precedieran los varones á las hembras y los mayores á los menores, guardando entre ellos el orden de primogenitura; y para el caso de no ser heredero su hijo D. Esteban, ó que siéndolo muriese sin hijos, ó con tales que no llegasen á la edad de testar, fué llamando sucesivamente á los demás hijos, con las mismas condiciones que al prenombrado D. Esteban; formándose, con motivo del precitado fallecimiento de Illa Angelet, el oportuno inventario de bienes, entre los que figuraba una finca llamada Manso Illa, con sus tierras, posesiones, derechos y pertenencias, situada en la parroquia de La Carriga:

Resultando que el sucesor de Illa Angelet, llamado también D. Esteban, tuvo una hija nombrada Doña Rosa é Illa Buquets, la que, en unión de su hijo D. Esteban Bassa é Illa, como usufructuario y propietario respectivamente, á fin de conseguir mejoras para ellos y sus sucesores, cualesquiera que fuesen, establecieron y concedieron en enfiteusis, por escritura de 9 de Junio de 1838, á D. Ignacio Soler un trozo de tierra de sembradura de 15 cuartanes de cabida, situado en el extremo del pueblo, lindando por Levante y Mediodía con tierras de los estabilientes, por Poniente con la sierra del Congost y por el Norte con D. Antonio Torras y D. Sebastián Gatanegra; cuyo contrato se realizó con las condiciones de que el D. Ignacio Soler debía mejorar la tierra y pagar el censo de una cuartera de trigo mezcladilla:

Resultando que Doña Rita y D. Pedro Pedrals, como abuela y tío de la menor de edad Doña Josefa Bassa Pedrals, á consecuencia de haber verificado Doña Rosa Illa varias enajenaciones, á carta de gracia, de pertenencias del manso Illa, promovieron, ante el Juzgado de primera instancia de Granollers, pleito para que se declarase á dicha Doña Josefa Bassa llamada á la sucesión del patrimonio Illa, después de su abuela Doña Rosa Illa y de su padre D. Esteban, por virtud de la sustitución

fideicomisaria ordenada por su tercer abuelo D. Esteban Illa Angelet en el testamento de 18 de Enero de 1759; pleito al que puso fin sentencia de 28 de Julio de 1840, accediendo á las pretensiones de los actores; y en otro pleito seguido ante el mismo Juzgado y la Sala segunda de la Audiencia de Barcelona contra D. Enrique Riera y Doña Teresa Bassa, la expresada Sala, en 1.º de Febrero de 1878, dictó sentencia, confirmatoria de la del Juzgado, desestimando la demanda, por considerar: que el testamento de D. Esteban Illa y Angelet contenía una institución fideicomisaria temporal hasta la cuarta generación; que Doña Josefa Bassa Pedrals estaba comprendida en dicho fideicomiso; y que los bienes dejados por aquél pasaron de hijo á hijo, sin que el manso Illa pudiera dividirse entre los hijos, por tener que pasar de unos á otros en primogenitura hasta Doña Josefa Bassa, que era la que estaba en el lugar de heredera en la cuarta generación:

Resultando que en una escritura de fecha 22 de Septiembre de 1879, por la que Doña Josefa Bassa Pedrals y su esposo D. Enrique Riera, titulándose la primera dueña de lo que fué objeto del contrato, y usufructuario el segundo en virtud de la donación y heredamiento universal que los padres de Doña Josefa le hicieron al contraer matrimonio, vendieron á D. Luis Coll y Velú, apoderado del Marqués de Alfarrás, una porción de terreno, expresaron aquéllos: que en otra otorgada el 16 de Octubre de 1872, habían celebrado un convenio con el Marqués, por virtud del que los expresados consortes establecieron á favor del mismo la servidumbre de acueducto y de paso en una zona de tres metros de ancho dentro de la propiedad de aquéllos, con objeto de que pudiese construir, para la toma y conducción de las aguas del río Congost, una mina y acequia que, por disposición de los mismos consortes Riera y Bassa, se construía en la línea divisoria del terreno que ellos cultivaban por sí, objeto de la venta de que se trataba, y otros, también de su propiedad, que tenían dados en enfiteusis; siendo estipulaciones del contrato que Riera y Bassa concedían al Marqués de Alfarrás el derecho de continuar la mina en busca de agua hasta 20 metros tierra adentro sobre la presa, aguas arriba, sin que por tal concesión debieran percibir indemnización ni cantidad alguna, por ir ya comprendida en el precio de la venta; pero como el terreno donde se abría dicha mina lo poseía en enfiteusis Don José Treserra, debería el Marqués entenderse con éste para la apertura de aquélla é indemnización de perjuicios:

Resultando que en otra escritura de 22 de Mayo de 1881, otorgada entre D. José Treserra y el D. Luis Coll y Velú, en concepto de apoderado del Marqués de Alfarrás, después de hacer mérito de la cesión en enfiteusis de un trozo de terreno á D. Ignacio Soler por Doña Rosa Illa y D. Esteban Bassa en la escritura de 9 de Junio de 1838, que ya se relacionó anteriormente, expresaron: que la pieza de tierra á que aquélla se refería, que después de varias sucesiones había pasado á ser propiedad de Treserra, se hallaba en su parte oriental en un nivel de cerca de un metro más bajo que el resto de ella, por cuyo motivo, no teniendo salida, se encharcaban las aguas en tiempo de lluvia, destruyendo plantaciones y produciendo humedad, lo cual no podía remediarse sino con una mina subterránea; y como el Marqués de Alfarrás tenía una inmediata á dicho terreno, creyendo muy posible desaguarlo por ella, haciéndolo así más productivo, había concedido Treserra en documento privado á dicho Marqués la facultad de minar y buscar aguas subterráneas en el mismo terreno, y como fué condición que tal contrato se elevaría á escritura pública cuando lo exigiera una de las partes, lo hacían por la que se está relacionando, por la que D. José Treserra cedía y transfería

al dicho Marqués de Alfarrás y á los suyos perpetuamente la facultad y derecho, y constituía á favor de la heredad Rasanes, propiedad del Marqués, la servidumbre de minar y buscar aguas subterráneas, abriendo zanjas y galerías y practicando las demás operaciones que fuesen necesarias para el hallazgo de dichas aguas, y que hiciera suyas las que encontrase, recogiéndolas en su expresada mina y conduciéndolas adonde y para los usos que tuviera por conveniente, con la facultad de que el repetidamente nombrado Marqués ó los suyos podrían prolongar la mina en busca de aguas por dentro del terreno de que se trataba, en galería subterránea ó en zanja abierta, según más les conviniere:

Resultando que seguido otro pleito por Doña Josefa Bassa contra algunos poseedores de tierras del manso Illa en el Juzgado de primera instancia de Granollers y la Audiencia de Barcelona, este Tribunal Supremo, en 13 de Noviembre de 1883, casó la sentencia en él recaída, por estimar que las cuestiones suscitadas en el recurso se resumían en si existía ó no un fideicomiso, y si había lugar á la prescripción alegada por los demandados; que respecto á la primera, las palabras de las cláusulas del testamento de D. Esteban Illa y Angelet revelaban su propósito de crear un fideicomiso familiar temporal, como se reconoció en las sentencias de 28 de Julio de 1840 y 1.° de Febrero del 78, no siendo obstáculo el que no contuviese la prohibición de enajenar, pues en la legislación catalana no había precepto terminante que exija se consigne tal prohibición, y además, la obligación de la transmisión de los bienes hasta la cuarta generación ya la contenía; y que la prescripción no era alegable, no sólo por el carácter de inalienables de los bienes, sino porque no podía alegarse contra quien no le había nacido el derecho ó no podía ejercitarlo; fundamentos por los cuales, á más de otros, declaró este Supremo Tribunal que debía condenar y condenaba á los demandados á que respectivamente entregasen á la actora Doña Josefa Bassa las fincas descritas y deslindadas en los autos, que les fueron vendidas ó dadas á censo por los finados D. Esteban Basa é Illa ó Doña Rosa Illa y Busquets, con los frutos producidos ó podidos producir desde la contestación á la demanda; declaró asimismo nulos los indicados contratos de venta y censo, mandando que, en su virtud, se cancelasen las inscripciones hechas en el Registro de la propiedad, y declaró haber lugar á la reconvención, condenando á Doña Josefa Bassa á devolver lo que Doña Rosa ó D. Esteban recibieron por las respectivas enajenaciones y al abono de las mejoras hechas por los demandados:

Resultando que D. Enrique Riera y Doña Josefa Bassa y Pedrals y Don Eduardo Riera y Bassa y Doña María Dalmau y Targarana, con motivo del matrimonio de los dos últimamente nombrados, otorgaron el 8 de Febrero de 1891 escritura de capitulaciones, en la que los dos primeros establecieron el orden de sucesión, favoreciendo en primer término al hijo primogénito, al que le daban todos los bienes, muebles é inmuebles, presentes y futuros, por donación pura é irrevocable entre vivos, de forma que el donatario quedaba desde luego dueño y propietario de las cosas donadas; haciéndose constar los bienes comprendidos en dicha donación, entre los cuales se describieron como de la pertenencia de Doña Josefa Bassa aquellos á que se refería el testamento de Don Esteban Illa Angèlet; declarando, por último, la Doña Josefa, que formando parte de los bienes transmitidos á su hijo D. Eduardo Riera muchos censos, derechos de reivindicar terrenos y otros procedentes del mencionado fideicomiso, no relacionados en la escritura por carecer de datos y antecedentes necesarios, concedía y otorgaba á su hijo donatario la facultad de practicar por sí ó por medio de otra persona cuantas ges-

tiones fuesen necesarias, no sólo para la inscripción, sino también para demandar y obtener judicialmente todos los terrenos, censos, derechos, aguas, servidumbres y demás que formando ó habiendo formado parte del manso Illa ó del manso Bassa de Santa Eulalia de Ransana, ó de cualquier otro que pudiera pertenecerle, fuese indebidamente, y con perjuicio de los derechos de la otorgante, poseído ó disfrutado por otro, y adquirir é inscribir el donatario para su exclusivo uso y utilidad todas las cosas mencionadas, como comprendidas en la donación universal de que era objeto aquella escritura:

Resultando que D. José Treserra y Vilardebó y Eduardo Riera y Bassa consignaron en otra escritura pública de fecha 31 de Diciembre de 1892, que el D. José Treserra poseía una finca de 15 cuartanes de cabida que se deslindaba, perteneciente al manso Illa, en la que había sido establecido D. Ignacio Soler, y habiendo sido demandado por el D. Eduardo para que reconociese la nulidad del enunciado establecimiento, y en consecuencia, le dejase la finca á su libre disposición, con restitución de frutos percibidos y podidos percibir, prefiriendo Treserra transigir dicha cuestión, por reconocer y acatar el derecho de Riera y el fallo de este Supremo Tribunal, pidió le fuese devuelta la entrada del establecimiento, mejoras hechas y gastos causados, que convinieron ascendían á 950 pesetas, y otorgaban la escritura de transacción de que se está haciendo mérito; por lo que el D. José Treserra restituía á Don Eduardo Riera dicha pieza de tierra, cancelando el establecimiento hecho á favor de D. Ignacio Soler, y declaraba, por consiguiente, que eran nulos todos y cada uno de los contratos y actos referentes á la enunciada finca posteriores á la escritura de 1838, y todas las inscripciones y asientos que los mismos hubieran producido en el antiguo Registro, queriendo también que fuesen nulos y cancelados todos los contratos que Treserra hubiera celebrado con terceras personas sobre la propiedad ó desmembraciones de ella; pactándose además una especie de arriendo que Riera hacía á Treserra de dicha pieza de tierra:

Resultando que Doña Josefa Bassa Pedrals y su hijo D. Eduardo Riera y Bassa, con fecha 18 de Febrero de 1895, formularon ante el Juzgado de primera instancia de Granollers demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Marqués de Alfarrás, con la súplica de que se declarase de que por virtud de ser nulos y sin valor, para Doña Josefa Bassa y los suyos, el contrato de establecimiento de una porción de terreno del manso Illa, otorgado por Doña Rosa Illa y D. Esteban Bassa á favor de D. Ignacio Solor en 9 de Junio de 1838, lo son también las sucesivas transmisiones é inscripciones de él verificadas, que debían cancelarse, y cualquier derecho que por el D. Ignacio ó por los siguientes poseedores se hubiera otorgado ó consentido sobre el indicado terreno, y en su consecuencia, la concesión de aguas subterráneas ó de otra clase, y la facultad de construir en el mismo paso minas ú otras obras otorgadas al Marqués de Alfarrás, condenando á éste á tapar y macizar la mina, pozos y demás obras para el alumbramiento y aprovechamiento de las aguas que se hallasen fuera de los 20 metros concedidos por Doña Josefa Bassa en la pieza de tierra procedente del manso Illa, que fué establecida al D. Ignacio Soler, y que en la fecha de la demanda poseía el D. Eduardo Riera á virtud de rendición ó restitución verificada por D. José Treserra, y á que se abstuviera de utilizar y aprovechar dichas aguas fuera de la expresada distancia, restituyéndolas á los actores, con indemnización de perjuicios:

Resultando que al apoyar la enunciada solicitud, hicieron mérito los prenombrados demandantes de los hechos que estimaron oportunos de-

los ya relacionados, añadiendo: que en la escritura de 22 de Septiembre de 1879, autorizada entre D. Enrique Riera y Doña Josefa Bassa y Pedrals y el Marqués de Alfarrás, al consignar que como el terreno donde se trataba de abrir la mina lo poseía en enfiteusis D. José Treserra, el Marqués de Alfarrás debía entenderse con éste, no se reconoció la legitimidad de la posesión de Treserra, sino que se consignó el hecho real y verdadero de que entonces el terreno en que podría el Marqués abrir la mina hasta la distancia expresada lo disfrutaba Treserra en enfiteusis, y de consiguiente era forzoso y se imponía se entendiese con él; y haber construído el prenombrado Marqués su mina, no solamente hasta 20 metros tierras adentro sobre la presa aguas arriba, sino mucho más allá, y de consiguiente, cuando D. Eduardo Riera entró en posesión de dicho terreno lo hizo saber particularmente al Marqués, manifestándole la nulidad de la concesión verificada á su favor, y que por lo tanto, debía de destruir las obras realizadas, con lo que no se había conformado aquél, dando lugar á la interposición de la demanda:

Resultando que la susodicha parte actora alegó como fundamentos de derecho: deber respetarse y cumplirse la voluntad del testador como ley entre los interesados; constituir el gravamen impuesto por el testador al heredero nombrado para restituir la herencia á otra persona, después de haberla gozado por tiempo determinado, el fideicomiso, ó sustitución fideicomisaria, que se permite hasta la cuarta generación; ser inalienables los bienes del fideicomiso, por lo que las enajenaciones hechas contra tal prohibición son nulas, conforme á lo consignado en la ya relacionada sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1883; dar solamente el fideicomiso condicionado y temporal, al poseedor de los bienes, el concepto de usufructuario, no pudiendo negársele al sustituto el derecho de disfrutarlos si se cumplen las condiciones, ni por consiguiente, el de reclamar contra su enajenación, según sentencia de este Supremo Tribunal de 22 de Noviembre de 1887; ser trascendental y perjudicar á tercero, que no ha litigado, la sentencia que declara la validez y eficacia de un testamento, cuando se alega en el segundo juicio el mismo fundamento que se alegó en el primero, conforme á la sentencia de 11 de Abril de 1861; ser de treinta años el término fijado para la prescripción de las cosas, el cual no corre mientras el dueño está imposibilitado legalmente de hacer valer sus derechos, siendo axioma jurídico que al resolverse el derecho del otorgante se resuelve y queda sin efecto el del aceptante; y ser aplicables los enunciados preceptos á los demandantes, puesto que Doña Rosa Illa y D. Esteban Bassa no pudieron enajenar los bienes del fideicomiso fundado por Illa Angelet, los cuales debían pasar íntegros á Doña Josefa Bassa y Pedrals, última llamada á su goce y posesión, la que en consecuencia podía reclamar, por sí y por medio de su hijo y heredero universal donatario D. Eduardo Riera, la nulidad de la enajenación hecha á favor de D. Ignacio Soler y de la servidumbre de aprovechamiento de aguas con que también la finca se hallaba gravada, excepto en la parte en que Doña Josefa Bassa la hubiese autorizado:

Resultando que D. Juan de Desvalls y de Amat, Marqués de Alfarrás, se opuso á la demanda, pidiendo se le absolviera de las pretensiones en ella contenidas, é impusieran á los actores las costas del juicio; á cuyo efecto alegó, á más de referir algunos de los hechos consignados anteriormente: haber sido inscrita en el Registro de la propiedad la escritura de 1881, y habiéndose Doña Josefa Bassa, como sucesora de D. Estéban Bassa, comprometido á la evicción con D. Ignacio Soler, se hallaba obligada la parte actora á respetar los contratos de sus causantes; no haberse

inscrito en el Registro el testamento de Illa Angelet hasta 1864, siendo la escritura á favor de Soler de 1838; no afectar á tercero el reconocimiento que Treserra hizo del derecho de los demandantes, por lo que al demandado no podía perjudicarle la demanda fundada en un fideicomiso que se inscribió en el Registro veintiséis años después; haber transcurrido más de treinta años desde que se concedió el establecimiento; haberse obligado Treserra en la escritura de 1881 á no impugnar él ni los suyos la servidumbre que se establecía; y no tener aplicación al caso de autos la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1883, porque las obligaciones de Doña Josefa Bassa y los derechos del Marqués de Alfarrás se derivaban hechos distintos de los que sirvieron de base á la demanda inicial de aquel pleito:

Resultando que como fundamentos legales, expuso el Marqués de Alfarrás en el mencionado escrito de contestación á la demanda: deber cumplirse lo pactado, por lo que la demandante se hallaba obligada á respetar la servidumbre de que se trataba, ya que al constituirla reconoció que D. José Treserra poseía en enfiteusis el terreno en que debía abrir la mina el demandado, á quien dijo se entendiese con el poseedor; deber el heredero respetar los actos de su causante, aun cuando por otro título reivindique después las cosas de la herencia; no invalidarse en cuanto á tercero los actos ó contratos que se ejecutan ú otorgan por persona que en el Registro aparece con derecho para ello, aunque se anule ó resuelva el del otorgante por virtud de título anterior no inscrito; estimándose para los efectos de la ley Hipotecaria como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito; suceder el heredero en todos los derechos y obligaciones de su causante, y prescribir en Cataluña las acciones por el término de treinta años:

Resultando que con los anteriormente enunciados escritos presentaron las partes los documentos relacionados, y después de evacuados los respectivos traslados de réplica y dúplica, sin que adicionaran sustancialmente nada á lo que tenían expuesto, y de practicar la prueba documental, de reconocimiento judicial y de testigos que aquéllas propusieron, se siguió el pleito por los demás trámites, dictando el Juzgado sentencia declarando nulo y sin efecto para Doña Josefa Bassa y Pedrals y sus derechohabientes el contrato de establecimiento enfitéutico otorgado por Doña Rosa Illa y D. Estéban Bassa á D. Ignacio Soler en 9 de Junio de 1838, y en consecuencia nulas é ineficaces las sucesivas transmisiones que hubieren tenido lugar, y las inscripciones que de él se hubieran hecho en la Contaduría de hipotecas y Registro de la propiedad, así como cualquier derecho que por los poseedores del terreno establecido se hubiesen otorgado ó consentido; y en su virtud, se declaró también nulo el contrato otorgado por D. José Treserra al Marqués de Alfarrás en 22 de Mayo, cancelándose la inscripción hecha en el Registro de la propiedad, y se condenó al susodicho demandado á tapar y macizar la mina, pozos y demás obras que para el alumbramiento y aprovechamiento de aguas se hallasen en dicho terreno, poseído en la actualidad por D. Eduardo Riera y Bassa en virtud de resolución ó restitución hecha por D. José Treserra, y que existan fuera de los 20 metros concedidos por Doña Josefa Bassa al causante del demandado en la escritura de 22 de Septiembre del 79; y á que se abstuviera de utilizar y aprovechar dichas aguas fuera de la expresada distancia, restituyéndolas á los actores; declarándose, por último, no haber lugar á la indemnización de perjuicios ni á hacer expresa condena de costas:

Resultando que interpuesta apelación de la enunciada sentencia por la parte demandada, después de los trámites de segunda instancia, la

Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en 31 de Enero del próximo pasado año de 1898, dictó otra, revocatoria de aquélla, absolviendo al Marqués de Alfarrás de la demanda contra él interpuesta por Doña Josefa Bassa y Pedrals y D. Eduardo Riera y Bassa, sin expresa imposición de costas de ninguna instancia:

Resultando que Doña Josefa Bassa y Pedrals y D. Eduardo Riera y Bassas han interpuesto recurso de casación, que sólo le ha sido admitido á este último por no haberlo preparado oportunamente aquélla, como comprendido en el número 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. La doctrina de que la voluntad del testador es la primera ley en materia de testamentos, de acuerdo con lo ordenado en la ley 5.ª, tít. 23 de la Partida 7.ª, así como la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo desde el 30 de Septiembre de 1850, que contiene el primer fallo que sentó la regla en tal sentido; en cuanto el testamento de D. Esteban Illa y Angelet, otorgado en 18 de Enero de 1759, contiene la institución de un fideicomiso en favor de sus descendientes hasta la *cuarta generación*, encontrándose ésta en la persona de Doña Josefa Bassa, cuyos derechos representa D. Eduardo Riera; apareciendo clara la voluntad del testador sobre prohibición de enajenar bienes, que á mayor abundamiento se encuentra expresamente confirmada por el fallo de este Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1883, sin necesidad de acudir á las sentencias firmes que en 28 de Junio de 1840 y 1.° de Febrero del 78 dictaron respectivamente el Juzgado de primera instancia de Granollers y la Audiencia de Barcelona.

Segundo. Las leyes 114, párrafo décimocuarto, y 120, párrafo primero, *De legatis et fideicomisis* del Digesto, y la Novela 159, según las cuales, son inalienables los bienes de un fideicomiso, nulas las enajenaciones hechas contra esta prohibición y permitidos los fideicomisos temporales hasta la cuarta generación; toda vez que la Sala sentenciadora, en el hecho de absolver al Marqués de Alfarrás de la demanda, supone condición de libres á los bienes del fideicomiso de que se trata, y niega el derecho de Doña Josefa Bassas, cuarta poseedora, no obstante lo reconocido por la tan repetida sentencia de 13 de Noviembre de 1883:

Tercero. Las leyes 20 y 21, tít. 22, y 7.ª, tít. 23 de la Partida 3.ª, y la doctrina de este Tribunal Supremo consignada en sentencias, entre otras, de 15 de Abril de 1861, según cuyo tenor, aunque por regla general la cosa juzgada no daña á los que no han tenido parte en un litigio, es, sin embargo, trascendental á terceros que no han litigado la sentencia que declara la validez ó nulidad de un testamento, cuando alegan en el segundo juicio el mismo fundamento que se alegó en el primero, de 28 de Marzo de 1859, que establece igual excepción de la regla general citada, diciendo que «no rige ni se aplica en el caso de declararse la validez ó nulidad de un testamento, toda vez que esa declaración no puede menos de afectar á todos los que derivan su acción ó derecho del mismo testamento, aunque no hayan antes litigado»; y de 6 de Octubre de 1884, con otras posteriores, que establecen igual doctrina; puesto que la Sala sentenciadora apoya la absolución del Marqués de Alfarrás en que la sentencia de 1883 no afecta á D. Ignacio Soler, por no haber sido parte en aquel pleito, siendo así que, declarada la nulidad de los contratos por virtud de los cuales ha resultado desmembrado el fideicomiso de Illa Angelet, no cabe sustraer de tal declaración ninguno de los que se encuentren en dicho caso, sin que importe poco ni mucho la presentación de los interesados en los autos anteriores; y

Cuarto. La doctrina consignada en sentencia de 10 de Febrero de 1873

de este Tribunal Supremo, de que «si bien cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto debe solicitarse previamente la declaración de nulidad, es cierto que aquella doctrina no es aplicable cuando la nulidad no produce la acción, sino que es consecuencia indeclinable de estimarse la que se ha deducido»; fijando igual doctrina los fallos de 7 de Octubre de 1875, 11 de Abril del 76, 7 de Noviembre del 79, 24 de igual mes del 82, 17 de Enero del 89 y otras varias; por cuanto la mencionada Sala funda también su fallo en que D. Eduardo Riera no ha pedido en este pleito la nulidad directamente, lo cual no es exacto, porque en la súplica de la demanda consta dicha petición, aun cuando no tenía necesidad de hacerla, ya que D. Eduardo Riera funda su acción en la institución misma del fideicomiso, tan eficazmente reconocido por la sentencia de 13 de Noviembre de 1883.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que no se han cometido las infracciones alegadas en los dos primeros motivos del recurso, porque reconocido sin controversia por ambas partes litigantes que D. Esteban Illa Angelet estableció en su testamento de 1759 un fideicomiso temporal hasta la cuarta generación, cuyos bienes, por tanto, no se hicieron libres hasta que recayeron en la demandante Doña Josefa Bassa, acéptase este supuesto del pleito actual, y de él se parte en el fallo recurrido para resolver la cuestión litigiosa, que consiste sustancialmente en saber, si, á pesar de que el terreno poseído en enfiteusis por José Treserra procedía del fideicomiso, es ó no válido el contrato celebrado por el mismo con el Marqués de Alfarrás en 1881 sobre alumbramiento de aguas y establecimiento de servidumbre en dicho terreno:

Considerando que la sentencia dictada en 1883 por este Tribunal Supremo, en pleito á instancia de la citada Doña Josefa Bassa contra varios poseedores de terrenos procedentes de fideicomiso, carece del alcance que se le atribuye en el motivo tercero, porque tan sólo podría reputarse obligatoria para el demandado en este pleito, en cuanto por ella se estimó la constitución del fideicomiso, y porque para invocarla como caso de jurisprudencia respecto á las demás cuestiones resueltas por dicha sentencia, sería preciso que entre ambos pleitos no existieran, como existen, sustanciales diferencias, que justifican cumplidamente el fallo recurrido, cuyos verdaderos fundamentos no se impugnan siquiera en el presente recurso:

Considerando, en efecto, que en este pleito se han alegado varias excepciones que no se utilizaron ó no pudieron utilizarse en el anterior, cualquiera de las cuales basta por sí sola para impedir el éxito de la demanda, son á saber: en primer término, la derivada del contrato de 1879, por el cual Doña Josefa, invocando para celebrarlo el carácter de donataria de su padre, y no el de sucesora en el fideicomiso, vendió al Marqués un pedazo de terreno procedente de esa fundación, le concedió autorización para alumbrar aguas en terrenos que dijo tener dados en enfiteusis, y por cuanto la mina había de abrirse en el terreno que en enfiteusis tenía José Treserra, pactó expresamente que el Marqués debía entenderse con éste para la apertura de la mina y bonificación de perjuicios; de suerte que el vicio originario de esa enfiteusis quedó purgado en cuanto al contrato cuya nulidad pretende hoy Doña Josefa, porque según lo pactado, debía dicho Marqués tener y reputar á José Treserra como poseedor legítimo; en segundo lugar, se opuso á la demanda la obligación sancionada por la ley 14, tít. 32, libro 3.º del Código Justinianeo, en que estaba Doña Josefa de respetar la enfiteusis de José Treserra, por haberla constituído su padre D. Esteban y haber

sucedido á éste por título universal; y en tercer lugar, se alegó la prescripción procedente en este pleito, por haber transcurrido más de treinta años, contados desde que por virtud de la donación de presente y heredamiento universal que por causa de matrimonio hicieron sus padres á Doña Josefa, pudo ésta ejercitar cuantas acciones creyera corresponderle:

Considerando que el motivo último del recurso carece de eficacia para producir la casación de la sentencia recurrida, toda vez que ésta habría de subsistir por virtud de los anteriores fundamentos, aunque se repute que con la demanda se pidió en debida forma la nulidad del contrato de enfiteusis que constituía el título justificativo del derecho con que José Treserra intervino en el contrato que celebró con el Marqués de Alfarrás;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eduardo Riera y Bassa, al que condenamos al pago de las costas; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Barcelona, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 13 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 60.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Pago de pesetas.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Francisco Robert contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. José Antonio Suárez.

En sus considerandos se establece:

Que los recursos tienen que fundarse en los hechos que por el Tribunal sentenciador se estimen como probados, sin que sea lícito alegar otros diferentes para basar en ellos cuestiones jurídicas, si no se impugna la apreciación de las pruebas en la forma establecida en el núm. 7.° del art. 1692 de la ley procesal.

Resultando que por la cantidad de 30.000 pesetas, intereses y costas, D. Francisco Robert y Tartas demandó ante el Juez de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta corte á D. José Antonio Suárez Argudín, Marqués de Casa Argudín, en concepto de hijo y heredero del primer Marqués de dicho título, manifestando: que en abono de dicha cantidad había recibido dos órdenes de pago que no le habían sido satisfechas, y acompañando 10 cartas que en contestación á las reclamaciones dirigidas al citado Marqués, parientes y amigos había recibido desde el año de 1874 á 1878; cuyas pretensiones impugnó el demandado, opo-

niendo las excepciones de nulidad de los contratos que se suponían existentes y documentos de giro, por hallarse suscritos en estado de concurso del deudor, y en su defecto, la de prescripción de la acción ejercitada:

Resultando que tramitado el pleito en ambas instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, por sentencia confirmatoria de 21 de Febrero de 1898, desestimó la demanda, declarando prescrita la acción ejercitada por el demandante, contra cuya sentencia interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en las causas tercera y quinta del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, por denegación del recibimiento á prueba en dicha instancia, y anunciando la interposición en su día del de casación por infracción de ley:

Resultando que desestimado aquel recurso por sentencia de 19 de Octubre, interpuso el de infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del artículo 1692 de la ley procesal, citando como infringidos:

Primero. La jurisprudencia de este Tribunal Supremo contenida, entre otras sentencias, en las de 13 de Junio de 1863 y 17 de Febrero de 1882, que disponen que para que pueda estimarse la excepción de prescripción es necesario, entre otros requisitos, el transcurso del tiempo señalado por la ley desde que el demandante pudo ejercitar su derecho y utilizar la acción que le correspondía; al computar la Sala, para estimar dicha excepción, todos los años transcurridos desde 1874 hasta que se invocaron los presentes autos, sin deducir algunos de ellos, durante los que el recurrente no había tenido términos hábiles para ejercitar sus acciones por desconocer la persona contra quien había de dirigirlas, por hallarse en situación de concurso el primer Marqués de Casa Argudín y por la aceptación de su herencia á beneficio de inventario por el demandado:

Segundo. El precepto contenido en el art. 1973 del Código civil, de que la prescripción de acciones se interrumpe por reclamación extrajudicial del acreedor, al no considerarla la Sala interrumpida por las reclamaciones del recurrente que habían motivado las cartas recibidas en los años de 1874 á 1878:

Tercero. La ley 29, tít. 29, Partida 3.ª, que terminantemente dispone «que si un ome fuese debdor de otro por razon de alguna cosa que le ouiese á dar é quel á quien la debiesse estuviesse tanto tiempo quel non demandasse el debdo, quel otro lo començase á ganar por tiempo, si despues desto renonsasse el debdor la debda que deuiese faziendo carta ó fiadura sobre sí, ó dando peños ó pagando algo por razon de menoscabo ó dando parte del precio ó faziendo alguna otra cosa semejante destas, nuevamente después que lo començó á ganar, destajase ó perdiese por ende el tiempo por que la ganava contra él. Esso sería si el señor del debdo gelos demanda se delante de amigos ó de aunidores»; al estimar la Sala que el tiempo para la prescripción que admite y declara empezó á correr en 1874, sin tener en cuenta los reconocimientos escritos de 1875 y 1876 y las reclamaciones de 1876, 1877 y 1878 á amigos y parientes del deudor, cuya legitimidad no había sido impugnada, sino aceptada más ó menos explícitamente en la contestación á la demanda:

Resultando que vistos los autos por el Ministerio fiscal y pasados al Magistrado Ponente, mandó la Sala traerlos á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que desestimado el recurso que por quebrantamiento de forma interpuso la representación de D. Francisco Robert por las

causas tercera y quinta del art. 1603 de la ley de Enjuiciamiento civil, aparece ahora fundado el de infracción de ley en sus tres motivos, ó en hechos que no se cuidó el recurrente de justificar cumplidamente, derivados de cartas cuya autenticidad no se ha comprobado, y á las que se refería el anterior recurso, según aparece de los motivos segundo y tercero del actual, ó en arbitrario supuesto, cual es el motivo primero, consistente en haber ignorado á quién tenía que dirigir su reclamación por razón del concurso de acreedores del primer Marqués de Casa Argudín, y después por la aceptación condicional ó mediante el beneficio de inventario de la herencia de dicho señor:

Considerando que, esto supuesto, es enteramente inadmisible, puesto que los recursos tienen que fundarse en los hechos que por el Tribunal sentenciador hayan sido estimados como probados, sin que sea lícito alegar otros diferentes para basar en ellos cuestiones jurídicas, si no se impugna la apreciación de las pruebas en la forma establecida en el número 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Visto lo dispuesto en el núm. 9.º del art. 1729;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Francisco Robert y Tartas, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución de los autos, y publíquese éste en la forma que previene la ley.

Madrid 13 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 61.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Nulidad de actuaciones.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Antonio Albacete conta la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, en pleito con Don Eduardo Aburto.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que el recurso de casación en la forma que autoriza el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo procede, según tiene declarado el Tribunal Supremo, en el caso de haberse reconocido indebidamente personalidad á alguna de las partes litigantes ó al Procurador que la represente.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Febrero de 1899, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Sorbas y la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Granada por D. Antonio Albacete Jiménez, jornalero, vecino de Carbonera, con D. Eduardo Aburto Uribe, Ingeniero, vecino de Bilbao, como representante de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena á la Ensenada de Agua Amarga, sobre interdicto de recobrar, hoy incidente de nulidad, promovido por el último y que pende ante Nos, en recurso de casación por quebrantamiento de forma, con protesta para el de infracción de ley, que ha interpuesto D. Antonio Albacete, á quien representa el Procurador D. Fernando Ramón Luis Simón y defiende el Letrado D. Tomás Sanchís y Valdés, representando y defendiendo á la otra parte

el Procurador D. José María Cordón y Estecha y el Letrado D. Antonio Comyn Crooke:

Resultando que con fecha 25 de Junio de 1895, el Procurador D. Cándido García Herrera, á nombre de D. Antonio Albacete Jiménez, vecino de Carbonera, presentó escrito al Juzgado de primera instancia de Sorbas, exponiendo que su representado venía poseyendo quieta y pacíficamente, como legítimo dueño, cuatro trozos de tierra, que determina en el sitio de Palmerosa, término de Níjar, de cuya posesión y tenencia había sido despojado por D. Eduardo de Aburto y Uribe, como representante de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena á la Ensenada de Agua Amarga, atravesando los repetidos terrenos por varios puntos con la construcción de la línea, y causándole los perjuicios consiguientes; y para obtener la restitución que le correspondía, interponía la presente demanda de interdicto de recobrar, ofreciendo información testifical sobre los hechos que señala el art. 1652 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidiendo que en su día se reintegrase á su poderdante en la posesión y tenencia de los terrenos de que había sido despojado por D. Eduardo de Aburto en la representación antedicha, condenándole á que repusiera las cosas al ser y estado que tenían antes, con las costas:

Resultando que recibida la información, en que declararon tres testigos de conformidad con los hechos expuestos, se convocó á las partes al juicio verbal que previene la ley, señalándose para su celebración el día 3 de Julio, y hora de la una de la tarde, en la Sala audiencia del Juzgado, y se libró orden al Juez municipal de Lucainena de las Torres para que se citase de comparecencia en el día y hora señalados á Don Eduardo Aburto y Uribe, como lo fué por medio de cédula entregada á su criado Teófilo de Alday; pero habiéndose recibido el mismo día en que había de celebrarse el juicio una comunicación del Gobernador civil de la provincia, en la que á instancia de D. Carlos Jiménez Orozco, á nombre de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, requería de inhibición al Juzgado, éste dictó providencia en 3 de Julio, acordando quedasen en suspenso los autos de interdicto hasta la resolución definitiva de la competencia:

Resultando que sustanciada ésta y decidida á favor de la jurisdicción ordinaria por Real decreto de 27 de Junio de 1896, la parte actora, en escrito de 26 de Octubre, instó la continuación de los autos, y en su virtud, se señaló nuevamente para la celebración del juicio verbal el día 4 de Noviembre siguiente, acordando se librase mandamiento al Juez municipal de Lucainena de las Torres para que se notificase y citase en forma á D. Eduardo Aburto, en representación de la expresada Compañía minera, á fin de que compareciera á dicho juicio; se le citó por medio de cédula, que se entregó á su criado, y no habiendo comparecido al juicio en el día señalado, se celebró éste con asistencia sólo de la parte actora, practicándose la prueba testifical que la misma propuso:

Resultando que el Juzgado, en el mismo día 4 de Noviembre, dictó sentencia, declarando haber lugar al interdicto de recobrar promovido por D. Antonio Albacete y Jiménez, por haber sido despojado de la posesión y tenencia de los cuatro trozos de tierra de que quedaba hecho mérito por la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena de las Torres á Ensenada de Agua Amarga, por medio de su representante D. Eduardo Aburto y Uribe y operarios á sus órdenes, acordando que inmediatamente se le repusiese en la posesión y tenencia de que disfrutaba antes del despojo, y condenando á la despojante referida Compañía minera al pago de las costas, daños y perjui-

cios, y devolución de los frutos que hubiese percibido, sin perjuicio de tercero, y reservándole el derecho que pudiera tener sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva, el que podría utilizar en el juicio correspondiente:

Resultando que notificada esta sentencia en 5 de Noviembre á Don Eduardo Aburto por medio de cédula entregada á su criada, y llevada á efecto en 7 del mismo la restitución acordada, con fecha 9 presentó el Procurador D. Antonio García Soler, á nombre de D. Eduardo Aburto, escrito interponiendo apelación de la referida sentencia, por estimar que le era gravosa y perjudicial; pero por providencia que dictó en 11 del mismo mes de Noviembre el Juez municipal interino de Sorbas, por incompatibilidad del de primera instancia y ausencia del propietario, dijo que no compareciendo el Procurador Soler á nombre de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena de las Torres á la Ensenada de Agua Amarga, única á quien afectaba, como parte demandada, el fallo de la sentencia dictada en 4 de aquel mes en los autos de interdicto de recobrar á que se contraía el precedente escrito, no había lugar á admitir la apelación que en el mismo se interponía á nombre de D. Eduardo Aburto:

Resultando que de esta providencia pidió reposición el Procurador Soler en escrito de 16, y que en su lugar, con arreglo á lo dispuesto en el art. 398 de la ley de Enjuiciamiento civil, y para preparar el correspondiente recurso de queja se le admitiese libremente y en ambos efectos la apelación que tenía interpuesta, y en caso que no se estimase la reposición, se le librase testimonio de la providencia citada y del auto denegatorio de la reposición; fundándose, entre otras consideraciones: primero, en que el poder que legitimaba su personalidad lo presentó en el incidente de nulidad promovido en los mismos autos; segundo, en que la Compañía minera de Sierra Alhamilla no es constructora, sino cesionaria, y tenía ya construído el ferrocarril de Lucainena á la Ensenada de Agua Amarga; y tercero, en que este ferrocarril estaba abierto oficialmente al servicio público desde 1.° de Junio de 1896, siéndole aplicable lo dispuesto en los arts. 3.° de la ley de 12 de Noviembre de 1869 y 931 del Código de Comercio:

Resultando que opuesta la parte contraria á la pretensión deducida en el anterior escrito, se dictó auto en 25 de Noviembre, declarando no haber lugar á la reposición de la providencia de 11 de aquel mes, y mandando, en su virtud, que se expidiese dentro de seis días al recurrente testimonio comprensivo de aquélla y de este proveído, á fin de que pudiera ejercitar su derecho:

Resultando que después de la segunda citación para la celebración del juicio verbal y antes de dictarse la sentencia, ó sea con fecha del 2 de Noviembre, el mismo Procurador D. Antonio García Soler, á nombre y con poder personal de D. Fernando Aburto y Uribe, presentó escrito al Juzgado, promoviendo incidente de previo pronunciamiento para que se declarase la nulidad de la providencia de 27 de Julio de 1895, y de las demás actuaciones en su virtud practicadas, quedando mientras se sustanciaba el incidente en suspenso el curso de la demanda principal; en providencia del día 4 se declaró no haber lugar á su admisión, fundándose en lo dispuesto en el art. 1655 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en que el Procurador recurrente no comparecía en nombre de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena de las Torres á la Ensenada de Agua Amarga, que era la demandada en los presentes autos de interdicto de recobrar; pidió reforma de esta providencia dicho Procurador, se le denegó, é interpuesta

apelación, se le admitió en ambos efectos, remitiéndose originales las actuaciones referentes al incidente de nulidad á la Audiencia de Granada, con citación y emplazamiento de las partes:

Resultando que formalizado el recurso de queja ante dicha Audiencia por parte de D. Eduardo Aburto y Uribe contra las resoluciones del Juzgado de Sorbas de 11 y 26 de Noviembre, por medio de escrito que á nombre de aquél presentó el Procurador D. José Sedeño, insistiendo en que se declarase admitida en ambos efectos la apelación que tenía interpuesta; y pedido informe con justificación al Juzgado, dictó auto la Sala en 19 de Enero de 1897, declarando haber lugar al recurso de queja deducido por D. Eduardo de Aburto, y que había debido otorgarse la apelación interpuesta en los autos de interdicto á que dicho recurso se refería, admitiéndola en ambos efectos; y en su consecuencia, mandó al Juez de Sorbas que remitiese dichos autos originales dentro del término de seis días, bajo su responsabilidad, y á costa del apelante, citando y emplazando previamente á los Procuradores de las partes para su comparecencia ante la Superioridad:

Resultando que remitidos que fueron los autos y comparecidas las partes, se sustanció la instancia por sus trámites, y después de declararse por auto de 11 de Agosto que no era procedente la acumulación pretendida por parte de D. Eduardo Aburto del incidente de nulidad de providencia y actuaciones del interdicto á los mismos autos de interdicto, se llamaron éstos á la vista con citación, en cuyo acto, el Letrado defensor de D. Eduardo de Aburto solicitó se consignase en esta diligencia su petición de que la Sala revocase la sentencia del inferior, declarando no haber lugar al interdicto, por carecer de personalidad el demandado D. Eduardo Aburto, en razón á no tener el carácter de representante de la Compañía constructora del ferrocarril de Lucainena con que se le había demandado, y por falta de emplazamiento de la parte condenada en la sentencia, que lo es la citada Compañía, todo con las costas de ambas instancias; y si á ello lugar no hubiere, se declarase la nulidad del juicio de interdicto por dichos defectos de sustanciación, imponiendo asimismo las costas al actor:

Resultando que en 13 de Mayo último dictó sentencia la Audiencia de Granada, por la que considerando que la omisión del emplazamiento de los que deban ser parte y ser citados en un juicio es motivo bastante de nulidad de juicio con arreglo á la ley; que como el juicio produce los efectos de un cuasicontrato en que recíprocamente quedan obligados los litigantes, es requisito indispensable para su validez que, tanto el demandante como el demandado, tengan capacidad legal para comparecer, y si alguno litiga en nombre ajeno, es preciso que se halle autorizado con la competente representación, por lo que la falta de esta esencial circunstancia vicia el juicio, y la sentencia que en él recaiga adolece de nulidad; que no se ha justificado por parte del actor que D. Eduardo Aburto y Uribe tuviera al ser citado para el juicio de que se trata la representación legal de la Compañía minera de Sierra Alhamilla, constructora del ferrocarril de Lucainena de las Torres á la Ensenada de Agua Amarga, por cuya razón, y aunque el Aburto y los operarios á sus órdenes hayan cometido el despojo en que el interdicto se funda, y aunque uno y otros lo hicieran de orden de la Compañía referida, aparece á todas luces evidente que la demandada, que es la Compañía, no fué citada para el juicio, y que éste se entendió únicamente con D. Eduardo Aburto por indicación del demandante, lo cual hace que deba reputarse improcedente la sentencia recurrida, dictada contra la Compañía sin haber podido ser oída, debiendo ser por lo mismo revocada; y que cuando

se deniega una demanda de interdicto, debe el demandante ser condenado en las costas de primera instancia, con arreglo á lo establecido en el art. 657 de la ley de Enjuiciamiento civil; y que respecto á las de la segunda, no puede hacerse condenación expresa, por haber venido el actor á la apelación obligado por el demandado y no aparecer temeridad en la conducta de aquél; revocó la sentencia que dictó el Juez de Sorbas en 4 de Noviembre de 1896, y declaró que no debió tenerse por parte en el juicio á la Compañía demandada mientras no fuera citada en la persona que justificase el actor que la representaba legalmente; que es ineficaz contra la expresada Compañía la sentencia mencionada, y dejó sin efecto las condenas que contiene y la reposición en la posesión acordada; condenando al demandante D. Antonio Albacete en las costas de la primera instancia, y no haciendo especial condena de las de la segunda:

Resultando que notificada esta sentencia á los Procuradores de las partes, por la del demandante se presentó escrito con fecha 28 de Mayo, exponiendo: que en 17 se le había notificado la sentencia dictada por el Tribunal, la que, estimando que D. Eduardo Aburto no tiene la representación de la Sociedad demandada, le absuelve, declarando no haber lugar al interdicto de recobrar deducido por esta parte, revocando la sentencia de primera instancia, que fué condenatoria para la expresada Compañía constructora; que en el indicado fallo de la Sala se resuelve sobre la penalidad de una de las partes, por lo que se está en el caso del núm. 2.° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil para interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma, no habiendo sido dable pedir subsanación de la falta, dada la situación del procedimiento, y toda vez que se refiere á la materia del asunto; y pidió que, teniendo por interpuesto en tiempo el recurso de casación por quebrantamiento de forma, se sirviera admitirle, como así tuvo efecto por auto de 1.° de Junio, con citación y emplazamiento de las partes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que el recurso de casación en la forma que autoriza el núm. 2.° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo procede, según tiene declarado este Supremo Tribunal, en el caso de haberse reconocido indebidamente personalidad á alguna de las partes litigantes ó al Procurador que la represente, y como en el caso que nos ocupa, lejos de reconocerse, se ha denegado por la Sala sentenciadora que la tenga el demandado por no haberse justificado el carácter con que se le demanda, es improcedente el recurso de forma interpuesto por el actor;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma que ha interpuesto D. Antonio Albacete Jiménez, á quien condenamos al pago de las costas, y si viniere á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará en su caso la aplicación prevenida en la ley; y procédase á la sustanciación del recurso por infracción de ley iniciado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.—Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 11 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Num. 62.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Febrero, pub. el 3 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesetas.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Dolores de la Cuadra contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña Engracia Pérez y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no son de estimar en casación las infracciones de leyes inaplicables al caso litigioso:

Que no infringe los arts. 1218, 1225, 1281, 1282 y 1284 la sentencia que no desconoce el valor probatorio de los documentos públicos y privados traídos al pleito, y se atiene á su texto, conforme á las reglas de interpretación de los contratos:

Que la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, relativa á la imposición de costas á los litigantes temerarios, que aun después de la ley de Enjuiciamiento civil se consideró vigente por su carácter sustantivo, ha sido derogada por la disposición final del Código civil, contenida en el art. 1976, y no puede aplicarse en los pleitos posteriores á la promulgación de dicho cuerpo legal, ni ser, por consiguiente, fundamento de casación.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Febrero de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta misma corte, y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña Dolores de la Cuadra y Carrascosa, D. Juan, Don Francisco y D. Luis Villanova de la Cuadra, propietarios los dos primeros, Abogado el tercero é Ingeniero de minas el cuarto, todos de esta vecindad, en concepto de viuda é hijos de D. José Jenaro Villanova y Jiménez, con Doña Engracia Pérez y Cobo, como viuda de D. Pedro González de Velasco, y por defunción de la misma, con sus herederos Don Antonio Pérez Osorio, propietario; las menores Doña Luisa y Doña María del Amparo Alonso y García, y el padre y representante legal de éstas, D. Eugenio Alonso Muñoz, industrial; D. Lorenzo Alvarez y Capra, Arquitecto; D. José Escribano y García, empleado; D. Francisco del Valle y Peña, militar retirado, todos de esta vecindad, y con los estrados correspondientes por la rebeldía de Doña Antonia Cavedo y García, heredera de D. Manuel Cavedo y Cerradilla; D. Antonio Delgado y Pérez, D. Francisco Menéndez y Cereceda, D. Emilio Casals y Selma, D. Félix del Río y González, D. Gabriel López y Anchuelo, D. Miguel Aizcorbe, cuyo segundo apellido no consta; Doña Dolores Menéndez y Sánchez, D. Joaquín López y Sánchez; los herederos de D. Francisco de Paula Méndez y Gómez; los de D. Esteban Maestre y Duarte, y Doña Fernanda Maestre y Duarte, cuyas profesiones y vecindades no constan, sobre pago de desembolsos hechos en la explotación de ciertas minas; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandantes, dirigidos por el Licenciado D. Joaquín Ruiz Jiménez y representados por el Procurador D. Pedro Mariano Palacios; habiéndolo estado D. Francisco Valle y Peña por el Licenciado D. Emilio de Palacios y el Procurador D. José María Aguirre; D. José Escribano y García, por el Licenciado D. Tirso Rodrigáñez y el Procurador D. José María Cordón, y D. Lorenzo Alvarez Capra, por el Letrado

D. Luis Cobeña y el Procurador D. Ignacio de Santiago; no habiendo comparecido en este Supremo Tribunal ninguno de los otros demandados y recurridos:

Resultando que por escritura pública de 5 de Julio de 1876, D. Evaristo García Abienzo y D. Pedro González de Velasco vendieron á Doña Fernanda Maestre y Duarte y D. Francisco de P. Méndez y Gómez la plena propiedad y usufructo: el primero, de 18 de sus 41 y media participaciones en las minas *El Pastor, Nuestra Señora de la Concepción, Virgen del Carmen* y registro *Guadalupe*, con las labores, fábricas, herramientas, mineral, malacate y demás á ellas inherentes; y el segundo, 16 de sus 33 y media participaciones; de modo que desde aquel día el 75 por 100 con todo lo á ello anejo y productos que rindiera, pertenecía 23 y medio por 100 á García Abienzo, 17 y medio por 100 á González de Velasco, 17 por 100 á Doña Fernanda y otro 17 por 100 á Méndez; pactando como condición 4.ª, que si después de invertido por éstos dos el capital de 17.000 pesetas por lo que correspondía á las acciones que se reservaban García Abienzo y González de Velasco y lo que en igual proporción correspondía á las que ellos adquirían, no estuvieren todavía las minas en productos seguros, distribuíbles entre los cuatro, abonarían además á razón de 3.000 reales más por cada una de las acciones, ó fuesen 54.000 reales por García Abienzo y 48.000 por González de Velasco, para el mismo objeto de gastos, máquinas y demás; de suerte que en los dividendos ó aportaciones para trabajos, máquinas y otros gastos García Abienzo y González de Velasco no tuvieran que contribuir con cantidad alguna hasta que los compradores Méndez y Doña Fernanda hubiesen puesto en su caso y lugar 170.000 reales por lo que correspondía á las participaciones que se reservaban los vendedores y en igual proporción por las que ellos adquirían; todo en la forma y modo que se expresaría en un convenio ó reglamento de laboreo y administración, gastos y productos que mutuamente firmarían, elevándolo, caso necesario, si así lo conviniesen, á instrumento público:

Resultando que dicho reglamento, suscrito en el mismo día 5 de Julió de 1876 por los cuatro contratantes en la referida escritura, en la que se insertó testimonio de su encabezamiento y de sus artículos 42 á 46 y último inclusive, contiene lo siguiente: «Reglamento que Doña Fernanda Maestre y Duarte, D. Francisco de P. Méndez y Gómez, el Doctor D. Pedro González de Velasco y D. Evaristo García Abienzo hacemos para la elaboración, administración y distribución de gastos y productos de las minas *Pastor*, *Virgen de la Concepción*, *Virgen del Carmen* y *Guadalupe*, en las que nos corresponde el 75 por 100, á condición de elaborarlas»; dice en su art. 1.º, que constituían la Sociedad las cuatro referidas personas civilmente por ahora y hasta que exploradas las minas y dados buenos resultados, se adopte la forma de Sociedad anónima, comanditaria ó colectiva, con arreglo á la ley de 1869, previo acuerdo de la mayoría de participaciones ó acciones; en el 2.º, que por lo tanto, los cuatro socios eran iguales en derechos y obligaciones, relativamente á las participaciones que á cada uno corresponden, según la escritura de esta fecha, y asimismo comunes todos los gastos de cualquier género que fuesen en pro de la Sociedad; en el 8.º, que sería Director D. Francisco de P. Méndez, con amplias facultades; y al efecto, por ser esta Sociedad meramente civil, se le otorgara por los consocios el correspondiente poder; en el 17, que el Secretario Interventor D. Evaristo García Abienzo llevaría dos libros, uno de cargo y data á la Sociedad y á cada uno de los socios, empezando por el inventario de lo existente en las minas, y otro de actas de la Sociedad y de la Dirección é Intervención; en el 38, que

verificado el fallecimiento de cualquier socio, los otros tres continuarán hasta que su heredero ó herederos se personen en la Sociedad, abonando ó cargando en la cuenta particular del finado los gastos ó productos; en el 41, que el heredero ó herederos tendrán seis meses de término desde que sean declarados tales para adherirse á la Sociedad ó disponer de sus participaciones; en el 42, que como durante la marcha de esta Sociedad habían de ocurrirse naturalmante muchos particulares ó puntos que no podrían decidirse por este reglamento, se prevenía que los acuerdos que se tomaran en las actas se reputaran capítulos de este reglamento; en el 43, que ya fuesen dichos acuerdos de actas revocatorias de capítulos de este reglamento, ya tuvieran sólo por objeto llenar algún vacío, serían de preferente observancia y cumplimiento; en el 44, que el Director é Interventor propondrán en las juntas los acuerdos que creyeran debían tomarse con el carácter de reglamentarios ó de utilidad para la Sociedad; en el 45, que pudiendo cada socio vender ó ceder el todo ó parte de sus participaciones ó acciones, el cesionario ó comprador se entendería quedar sometido á la escritura de 5 de aquel mes, al reglamento y á los demás acuerdos de actas; y en el 46, que la decisión de los puntos cuestionables se haría por mayoría de votos ó representantes y acciones, sin atender al numero ni carácter de las personas que las poseyeran:

Resultando que en sesión del siguiente día 6 de Julio de 1876, los cuatro otorgantes de la referida escritura, puestos de acuerdo sobre todos y cada uno de los artículos del reglamento provisional por que se había de regir la Sociedad, constituída por entonces civilmente, presentaron á éste su aprobación, obligándose á estar y pasar por lo en él dispuesto, como si fuese parte integrante de la misma escritura; que en sesión de 21 de Abril de 1877, terminada en 7 de Mayo siguiente, reunidos García Abienzo y los apoderados de los otros tres mencionados, los cuatro como únicos socios y condueños que por el citado reglamento estaban asociados para elaborar y disfrutar las cuatro expresadas minas, después de ocuparse de otros puntos, el Secretario, con anuencia del representante del Director y atento á que, empezando á funcionar la máquina, habría que atenerse necesariamente al presupuesto del Ingeniero, haciendo los acopios necesarios con tiempo, y á que todavía se adeudaban 70.000 reales del último plazo de la máquina, propuso que para el trimestre de Junio, Julio y Agosto se reuniera el 1.º de Junio, además de lo que hubiese en caja, 230.000 reales para invertirlos en la forma propuesta por el Ingeniero y pagar por completo la máquina, y para los trimestres sucesivos, se reunieran á 156.000 reales en cada uno; en junto, 386.000 reales, de los que correspondían á cada socio lo que se expresó, según distribución por participaciones, que no habiendo sido efectivo por completo el dividendo de 1.º de Abril, por lo que pudiera ocurrir en lo sucesivo, para evitar, á fin de que no se perjudicaran los socios pagadores, el tener que recurrir á la caducidad, conforme se había acordado en acta de 8 de Octubre, ratificada en la de 27 de Enero y 11 de Febrero, se autorizara al Director D. Francisco de P. Méndez para que con precisa intervención de aquél procurase arbitrar desde Junio los fondos necesarios, siendo las cantidades que se obtuvieran ó adelantara el Director cargo del socio ó socios que no contribuyeran con su contingente, procurando que el interés no excediera del 12 al 15 por 100; pero sin que el Director pudiese obligar las personas de los socios, ni la propiedad de sus participaciones mineras al prestamista ó persona que le adelantara los fondos bajo la garantía del Director, pues los socios sólo responderían á éste; que el socio que, atrasado en el pago, quisiera reintegrar al Director, lo podría hacer cuando gustara y en una sola partida trimes-

tral; pero satisfaciendo el capital é intereses que correspondiera á aquél, con arreglo al contrato que el Director hubiera hecho con el prestamista; que arbitrados los fondos para seis meses ó parte de ellos, los productos que en ínterin ó posteriormente se obtuvieran se emplearían, un 50 por 100 de los que correspondiesen al socio ó socios morosos para el reintegro de intereses y capital, y el otro 50 por 100 quedaría en caja para sucesivos trabajos; y que en el supuesto de que el Director pudiera, como era de esperar, arbitrar ó adelantar los referidos fondos, su cuantía nunca podría exceder de lo consignado en el dictamen del Ingeniero que se tomaba como base para el laboreo de seis meses, desde Junio á Noviembre inclusive, ó fuesen 386.000 reales; dando luego lectura el mismo Secretario de los arts. 42 á 46 del reglamento, y con arreglo á ellos, puestos á votación, por haberse ya discutido en las sesiones de los días 21 y 28 de Abril y 1.º y 7 de aquel mes de Mayo los referidos puntos y otros, hasta nueve, enumerados también en el acta, fueron aprobados por todos los concurrentes, así como los del acta anterior, quedando obligados á estar y pasar por lo acordado, según quedaba consignado; y en sesión de 6 de Julio de 1877, el Secretario participó que el Presidente había manifestado tener convenido el préstamo necesario á que se refería el acta anterior, lo que aprobaron por escritura de 16 de Agosto de 1877, de una parte, D. Francisco de P. Méndez y Gómez, por sí, como condueño con D. Pedro González de Velasco, Doña Fernanda Maestre y D. Evaristo García Abienzo, del 75 por 100 de la propiedad de las cuatro expresadas minas, y de todos los productos hasta que la Sociedad se reintegrara de sus adelantos, y del 75 por 100 después, según la escritura de 5 de Julio de 1876, y también como Director de la Sociedad colectiva civil privada que los cuatro formaron, con arreglo á dicha escritura en el reglamento privado, ratificado en actas posteriores; D. Evaristo García Abienzo, en calidad de Secretario Interventor de dicha Sociedad, y D. Manuel Francisco Alvarez y Capra, por su propio derecho, dijeron: que estando elaborando las minas desde la citada fecha, y después de haber gastado unos 27.000 y pico de duros, además de lo que antes se había invertido, celebraron los condueños del 75 por 100 de aquéllos la junta general de 21 de Abril de aquel año, terminada en 7 de Mayo, ratificada y aprobada en la de 5 de Julio, cuyos acuerdos refirieron, exhibiendo además é insertándose en la escritura los testimonios de las actas de esas juntas, de la cabeza y cláusula 4.ª de la escritura de 5 de Julio de 1876, y de la cabeza y arts. 42 al 46 del reglamento de igual fecha, agregando: que no habiendo aportado los socios su correspondiente dividendo, Mendez trató con Alvarez de obtener un préstamo, y teniendo convenidas desde Junio de aquel año sus bases y cláusulas, otorgaban: primero, D. Manuel Francisco Alvarez Capra se obligaba á entregar á D. Francisco de P. Méndez, con destino á la explotación de las referidas minas, hasta 386.000 reales, ó 96.500 pesetas, en esta forma: 22.500 pesetas que Méndez declaraba y confesaba le tenía aquél adelantadas y 52.500 que recibía en el acto, y las restantes 21.500 el día 15 de Octubre de aquel mismo año, á voluntad de las partes, y para lo que no se necesitaría más que recibo privado, firmado por Méndez y García Abienzo; segundo, el préstamo sería por un año, sin perjuicio de irse reintegrando con la mitad de los productos que diera la mina, á voluntad de Alvarez, que en este caso recibiría los minerales según fueran saliendo, en partidas cuando menos de 2.000 quintales, y al precio que ofrecieran en Villanueva en subasta pública, ó el precio de dicha mitad, si un tercero se quedase con ellos; tercero, caso, empero, de que transcurrido el año no se hubiese reintegrado de su crédito, podría el pres-

tamista, sin más que un requerimiento notarial al Director y al Interventor, incautarse de las minas y ejecutar las labores que bajo la dirección de un Ingeniero creyera más convenientes en cualquiera de las cuatro minas para obtener el reintegro del capital, intereses y gastos, aprovechando al efecto las máquinas, caballerías y demás que tuviese allí la Sociedad, todo con intervención de Méndez y de Abienzo; cuarto, este mismo derecho tendría, entre otros casos expresados, cuando la Compañía variase su actual constitución ú organización, variando las personas encargadas del cumplimiento de este contrato, que eran el Director y el Interventor; quinto, el préstamo ganaría desde el primer día de Julio anterior el 15 por 100 anual de los 300.000 reales, y los otros 86.000, igual interés desde quince días antes de su entrega, hasta el completo reintegro, y aun cuando éste se verificara dentro del año, ganaría el importe de una anualidad; y octavo, caso de organizarse la Sociedad sobre otras bases, los nuevos socios y Directores tendrían que ratificar este contrato, ó Alvarez tendría derecho á compeler al Director é Interventor y socios, ó fuese á la Sociedad entera, á su cumplimiento, ó fuese al reintegro del capital é intereses desde el día en que se verificara aquella novación, aun cuando no se hubiese cumplido el año del plazo fijado:

Resultando que en junta celebrada en 13 de Septiembre siguiente, acordaron los cuatro socios que si por cualquier evento no se pudiese satisfacer dentro del año los 386.000 reales del referido préstamo, quedaba autorizada la Dirección para pedir prórroga ó buscar por cualquier otro medio los fondos para el pago y lo demás que se necesitara; y que, si lo que no era de esperar, no alcanzase con los 386.000 reales para poner la mina en productos, quedaban facultados el Director y el Secretario para obtener más cantidades, bajo las condiciones de dicha escritura de 16 de Agosto, ó fuese con la garantía de los productos de la mina, sin comprometer su propiedad, procurando sacar el mejor partido posible en orden á las condiciones y réditos para beneficio de la Sociedad; que en otra junta general de 16 de Febrero de 1878 se acordó ampliar el préstamo hasta 30.000 duros, ó fuese en 214.000 reales sobre los 386.000 de la expresada escritura de Agosto de 1877, con las mismas condiciones y con hipoteca de los productos; y en efecto, por escritura de 3 de Marzo de dicho año de 1878, Méndez y Abienzo, con los caracteres dichos, y D. Manuel Francisco Alvarez, por sí, con inserción de iguales testimonios que en aquella otra de 1877 y de los de las dos actas referidas, ampliaron en 53.500 pesetas, que los primeros recibieron en el acto, el préstamo con destino á la explotación de las minas por término de un año prorrogable, y con interés y condiciones iguales á los de dicha otra escritura:

Resultando que en junta general de 15 de Diciembre de dicho año 1878, á que concurrieron D. José Jenaro Villanova, como dueño del 25 y medio por 100 de las minas; D. Francisco de P. Méndez, D. Juan de Morales y Serrano, como apoderado de Doña Fernanda Maestre; D. José Escribano, como representante de D. Pedro González de Velasco, y D. Enrique Baena, en representación de D. Manuel Francisco Alvarez, para proponer á la Sociedad y acordar con ella el modo y forma de hacer efectivos los dos préstamos hechos sobre los productos de las minas; el administrador Méndez expuso el lastimoso estado de aquéllas, debido á la paralización de los trabajos por la abundancia de aguas y la falta de recursos para atender al sostenimiento de la máquina, caballerías y para continuar los trabajos de explotación y laboreo, por lo que excitó á sus consocios á tomar con premura los acuerdos más convenientes á los intereses de la Sociedad; en atención á lo cual, Villanova, con el fin de que no se necesitaran más dividendos pasivos, teniendo en cuenta los gran-

des sacrificios ya hechos por los socios sin haber conseguido resultado favorable, propuso se hiciesen todas las economías posibles, reduciendo el personal, suprimiendo caballerías y limitando los trabajos á lo indispensable para evitar ruinas y conservar lo existente; Morales y Serrano, en nombre de Doña Fernanda y de González de Velasco, propuso á Villanova se hiciese cargo de los créditos que la Sociedad tuviese hasta 31 de aquel mes, laboreando las minas por cuenta de la misma, bajo las bases y condiciones que se acordaran, para lo que se pasaría un pliego, al que contestaría también por escrito; lo que aceptó Villanova, advirtiendo que todos y cada uno de sus consocios habían de tener la más minuciosa intervención por sí solos ó por personas á quienes debidamente autorizaran, y que esa aceptación era en principio, reservándose contestar después de conocer el activo y el pasivo de la Sociedad, acordándose así en principio; y Baena, en nombre de Alvarez, manifestó su conformidad con esa proposición, siempre que la resolución fuera breve y se le ofrecieran suficientes garantías para los créditos que tenía contra los productos de las minas:

Resultando que en otra junta general de 3 de Octubre de 1879 se dió cuenta de haber sido citados y emplazados D. José Jenaro Villanova, Méndez, Doña Fernanda y González de Velasco, como dueños de las minas, con dos demandas de pobreza de D. José López Alcaraz y D. Antonio Arrieta para litigar en reclamación de sueldos y suplementos el uno de los demandantes, y de 23.000 y pico de reales el otro, el Director Méndez manifestó que, aun cuando dirigidas personalmente contra cuatro de los socios, se referían á las minas pertenecientes á toda la Sociedad; y después de expresar también González de Velasco, Villanova de Campos, en representación de su madre, y Morales en la de Doña Fernanda, que á esas demandas, como á cualesquiera otras semejantes, debía contestar la Sociedad propietaria de las minas, y no sólo ó individualmente los cuatro socios demandados, para lo cual tenían su legítima representación en el Director, á quien en caso necesario autorizaban de nuevo para que los representara en los negocios relativos á las minas, se acordó por todos que el Director Méndez los tuviera y defendiera los intereses y derechos de la Sociedad como correspondía, autorizándole para otorgar poder á Procuradores que representaran á la Sociedad y á los socios indidualmente respecto á su participación en las minas:

Resultando que en otra junta general de 8 de Febrero de 1880 fueron aprobadas las cuentas desde 1.º de Enero de 1878 á fin de 1879, rendidas por el Director, con un saldo de 144.934 reales 35 céntimos á favor de éste; se fijó el pasivo de la Sociedad en la última de esas fechas, á los efectos que luego se expresarían, en 1.186.000 reales, y se dió cuenta de las bases para la redacción de la escritura que se había de otorgar con Villanova, á fin de solemnizar en instrumento público su proposición de 9 de Enero de 1879, con la ampliación que habían hecho precisa el tiempo transcurrido desde que fueron aprobadas en 21 de Mayo del mismo año, el resultado del inventario del activo de la Sociedad, practicado en 12 de Junio de dicho año, y el de la relación del pasivo adjunta á la cuenta del Director, y fueron aprobadas por unanimidad, si bien con la variante de aplazar hasta fin de 1881 el plazo para la revisión del contrato con Villanova en lo respectivo al interés de las cantidades en que consistieran los suplementos que hiciese á la Sociedad, y con la de que otorgaran la escritura los que tuvieran acreditada su participación en esa forma, y no los que su derecho procediera de documentos privados, si bien éstos y sus cedentes podrían después entenderse como tuvieran por conveniente; estando todos los concurrentes conformes en que se

procediera al otorgamiento de la escritura con Villanova, á fin de que éste entrara desde luego y de lleno en el cumplimiento y ejecución de su proposición de 9 de Enero de 1879; excitando además González de Velasco el celo de Villanova para que inmediatamente se comenzaran los trabajos en las minas, á lo que contestó Villanova que por su propio interés, tanto como por el de la Sociedad, le convenía que así fuese, á cuyo efecto consagraría toda su atención á establecer desde luego una explotación regular y económica que pudiese dar el resultado por todos apetecido:

Resultando que en otra junta general de 28 del mismo mes de Febrero de 1880 se dió cuenta de dos cartas dirigidas al Director Méndez y á Baena en 26 de aquel mes por el nuevo socio López Parajua, indicando que en las bases de la escritura que había de otorgarse con Villanova, aprobadas en la junta del día 9, se hicieron ciertas modificaciones, en el sentido de las cuales expusieron también observaciones López Maestre y Escribano; y dada lectura de los acuerdos tomados en las juntas de 15 y 17 de Enero de 1879, y de la carta de adhesión de Doña Fernanda Maestre, fecha 6 de Mayo del mismo año, se acordó por unanimidad que se extendiera la escritura con arreglo á las bases, ya aprobadas, prescindiendo por completo de toda observación y modificación:

Resultando que por escritura de 4 del siguiente mes de Marzo de 1880, de una parte González de Velasco, Maestre, López Parajua, Cavedo, Méndez y Baena, y de otra parte D. José Jenaro Villanova, manifestaron: primero, que todos, excepto Baena, comparecerían por su propio derecho, como socios de la Compañía civil constituída privadamente en 6 de Julio de 1876 para la elaboración y explotación de las minas que después describirían, en la cual se regían por un reglamento particular, llevando los libros de actas, de cuentas, de gastos é ingresos y demás necesarios, y cuyos derechos representaban por sí ó en subrogación de sus predecesores en el dominio de dichas minas, y Baena, en concepto de apoderado especial de D. Manuel Francisco Alvarez, en virtud del que exhibió y se insertó; segundo, que los expresados otorgantes que formaban dicha Sociedad eran dueños de las cuatro minas cuyos títulos de propiedad fueron expedidos por el Gobernador civil de Córdoba en las fechas que dijeron á favor de las personas que mencionaron, quienes las inscribieron en el Registro de la Propiedad de Pozoblanco, todo en las fechas que también expresaron; que por el tracto sucesivo de las cuatro minas, su dominio y posesión estaban á la sazón subdivididos, correspondiendo á los otorgantes, menos á Baena, la participación que consignaron, así como las fechas de sus inscripciones en el Registro de la propiedad á favor de ellos ó de sus causantes; que encontrándose dicha Sociedad sin recursos para seguir los trabajos y sin medios de enjugar la enorme deuda contraída con garantía de los productos de las minas, en junta de 15 de Enero de 1879, González de Velasco y Morales Serrano, como representante de Doña Fernanda Maestre, á quien habían sucedido D. Esteban Maestre y D. José María López Parajua, hicieron una proposición, por la que, según testimonio del acta de aquélla, en que se insertó, se invitaba al consocio D. José Jenaro Villanova para que se hiciese cargo de las minas y las explotara y laboreara por cuenta de la Sociedad, sobre las bases siguientes: 1.ª, Villanova se haría cargo de pagar las deudas de la Sociedad que existieran en 31 de Diciembre del año corriente, así por los créditos de D. Manuel Francisco Alvarez como por lo que resultaba de las cuentas que había de presentar Méndez hasta la misma fecha, previo su examen y censura por la Sociedad; 2.ª, Villanova se reintegraría del importe de los créditos mencionados con un módico interés, y de los gastos y des-

embolsos que hiciera para el laboreo de las minas, con el 75 ú 80 por 100 de los productos de ellas mismas, hasta quedar totalmente reintegrado, reservándose el 20 ó el 25 por 100 restante para distribuirlo á los socios; que Villanova contestó, también según testimonio de dicha acta: primero, que consideraba inadmisibles y no conformes con sus intereses las dos bases propuestas, porque no podía aceptar el hacer grandes desembolsos, cuyo reintegro estuviera fiado á todas las eventualidades de la industria minera, que siempre experimentaba grandes riesgos y mucho más en las circunstancias actuales, en que fracasaban los más ventajosos y seguros negocios de minas á causa de la terrible crisis que el mercado de mineral atravesaba; segundo, que podía aceptar el emprender por su exclusivo riesgo el laboreo de dichas minas, haciéndose cargo de todas las deudas y compromisos que de la Sociedad conocía, abonándosele el 15 por 100 de cuantos desembolsos debidamente justificados hiciera, y reintegrándose del capital é intereses con el producto líquido total de las minas; entendiéndose que cuantos anticipos hiciera eran á interés compuesto al mismo tipo de 15 por 100; tercero; siendo de Villanova todo el riesgo de este asunto, no podía comprometerse á lo antes expuesto sin que por la Sociedad se le concediera el 10 por 100 del capital social libre de gastos, ó fuese costearle la décima parte de las acciones de que la Sociedad constaba; cuarto, la Sociedad tendría por su cuenta en la explotación de las minas, que se haría bajo la dirección exclusiva del Ingeniero que Villanova designara, la intervención que la misma Sociedad determinara, entendiéndose que de acuerdo con el propio Villanova; que Villanova admitió una enmienda á su proposición, en el sentido de que fuese sólo por un año el contrato en lo que se refería al interés del dinero, y que transcurrido, pudiera revisarse y reclamarse en este punto, según las variaciones que hubiese experimentado el mercado de minerales; que la proposición de Villanova fué aprobada con la enmienda referida por todos los socios, á excepción de Doña Fernanda Maestre, que se conformó luego con el acuerdo en carta de 21 de Mayo del mismo año, inserta en el acta y de ella transcrita en esta escritura; quinto, que á las deliberaciones que aparecían de las actas, cuyos particulares quedaban consignados, había concurrido Baena, con la misma representación que ostentaba en esta escritura de apoderado especial de D. Manuel Francisco Alvarez, principal acreedor contra la Sociedad, en virtud de las escrituras de préstamo de 16 de Agosto de 1877 y 3 de Marzo de 1878, en cuya representación aceptó el convenio ya expresado con Villanova, reconociéndolo como deudor en subrogación de la Sociedad, con la reserva de que cesando la ejecución de lo estipulado por cualquier motivo, renacían todos los derechos de su representado, consignados en dichas escrituras de obligación, según resultaba del acta de 15 de Enero de 1879, de que se había hecho mérito; sexto, que con objeto de llevar á efecto lo convenido y acordado por dicha Sociedad, los comparecientes otorgaban esta escritura bajo las cláusulas y condiciones siguientes: 1.ª, á los efectos del núm. 2.º de la proposición de Villanova, fechada en 9 de Enero de 1879, se obligaba éste á emprender por su exclusivo riesgo el laboreo de las minas, haciéndose cargo de todas las deudas y compromisos que de la Sociedad conocía, abonándosele el 15 por 100 de cuantos desembolsos, debidamente justificados, hiciese, y reintegrándose del capital é intereses con el producto líquido total de las minas, entendiéndose que cuantos anticipos hiciese eran á interés compuesto, al mismo tipo de 15 por 100; 2.ª, para la entrega de dichas minas, sus edificios, máquinas, aparatos, caballerías y efectos que en ellas se encontraban, serviría de base el inventario valo-

rado que en 12 de Junio de 1879 se practicó por el Director de la Sociedad D. Francisco de P. Méndez, en unión de los Ingenieros Arrúe, Sánchez, Messía y Villanova de Campos, y que se conservaba entre los papeles de dicha Sociedad, el cual arrojaba, como valor íntegro de las cuatro minas, con inclusión de los edificios, máquinas y demás que le correspondían, la cantidad de 267.454,06 pesetas; 3.ª, no obstante, al hacerse la entrega material de las minas á Villanova, se deducirían del inventario las caballerías que se habían vendido y los efectos que se hubiesen consumido, gastado ó desaparecido; 4.ª, el pasivo de la Sociedad de que se hacía cargo Villanova, según el estado núm. 2 de su proposición de 9 de Enero de 1879, se fijaba por todos conceptos en fin de Diciembre de dicho año en 1.186.000 reales, equivalentes á 296.500 pesetas, á cuya extinción se aplicaría, cuando los hubiese, todos los productos de las minas, después de deducir Villanova todos los gastos que en la explotación y beneficio de ellas hubiese practicado; 5.ª, Villanova quedaba en la más completa libertad de explotar, laborear y administrar las minas como lo tuviera por conveniente y á ley de buen minero, pudiendo todos los interesados en ellas visitar é inspeccionar los trabajos por sí mismos ó por medio de apoderado, siendo los gastos de su propia cuenta, y sin embarazar la libre acción de Villanova, sus representantes, empleados ó dependientes; 6.ª, también quedaba Villanova en libertad de llevar la contabilidad de las minas en la forma conveniente; pero rendiría á la Sociedad cuenta trimestral justificada, formándose al concluir cada cuarto trimestre el balance del año social y de contrato por el resultado de dichas cuentas, á fin de que si hubiese obtenido producto líquido se descontara de lo que la Sociedad le adeudara, y si hubiese habido pérdida, se aumentaran éstas al pasivo, empezando á devengar réditos al 15 por 100 desde la fecha de dicho balance, pudiendo los interesados acercarse á las oficinas de Villanova del 10 al 15 de cada mes para tomar nota de los gastos ocurridos en el anterior; 8.ª, no se podría exigir de Villanova la terminación de este contrato sin que se encontrara reintegrado ó se le reintegrase á su satisfacción del pasivo que entonces tenía ó en adelante tuviera la Sociedad propietaria de las minas á la que pertenecía aquél, según se había indicado; pero sería potestativo en el mismo continuarlo ó no después de los dos primeros años de ejercicio, y forzoso para ambas partes concluirlo en cualquier tiempo, caso de esterilidad en las minas pericialmente demostrada; 9.ª, según lo acordado en junta de 8 de Febrero de aquel año, á fin de Diciembre de 1881 podría revisarse este contrato en cuanto se refería al interés del dinero, según la enmienda admitida á su proposición por Villanova; pero no sería forzoso que éste admitiera una reducción de dicho interés si no se conviniese á ello; 10.ª, finalizando este contrato, bien porque Villanova hubiese usado de la facultad que le confería la condición 7.ª, bien por esterilidad de las minas ó por cualquier otra causa, devolvería éste y respondería á la Sociedad de que formaba parte hasta el importe de la cantidad definitiva que se hubiese fijado como valor de dichas minas y sus accesorias el día de su entrega al mismo, salvo los deterioros naturales que por el uso hubiesen podido sufrir los objetos inventariados hasta el día de la devolución; respondiendo la Sociedad desde entonces á todos los acreedores que formaran el pasivo, si lo hubiese, del importe de sus respectivos créditos; 11.ª Villanova podría, si le conviniese, traspasar, ceder y subrogar este contrato, en todo ó en parte, sin limitación, bajo la forma y condiciones que estimara oportuno, siempre que á la Sociedad propietaria se le garantizasen los mismos derechos que le otorgaba esta escritura; y 12.ª, los comparecientes, y en

especial Baena, en la representación que ostentaba, aceptaban esta escritura, y el último, con la reserva expresada en el acta de 15 de Enero entonces último:

Resultando que en junta general de 18 de Mayo de dicho año de 1880 se acordó por unanimidad, á propuesta de González de Velasco, que Méndez, en virtud de sus facultades como Director, ratificadas y ampliadas en juntas anteriores, y de la más amplia autorización de que se le revestía, levantara el depósito preventivo ó provisional de las minas, con lo que estuvo conforme Baena, sin perjuicio del poder especial que su mandante Alvarez otorgaría á D. Gonzalo Gutiérrez; y se acordó, por último, que Villanova abonase á Morales Serrano 600 reales por sus honorarios de los escritos sobre inhibición de las demandas de Alcaraz y Arrieta, con cargo á la Sociedad; que en otra junta de 28 de Junio siguiente se propuso á Moral, en representación de D. José Jenaro Villanova, y aceptó pagar con cargo á la cuenta de Villanova á la Sociedad tres trimestres del derecho de superficie de las minas adeudados y los recargos; en otra junta de 27 de Noviembre del mismo año, presentó Villanova sus cuentas hasta fin de Septiembre, que arrojaban á su favor 24.273 reales 58 céntimos, que habían estado de manifiesto sin ser impugnadas por ningún socio, y fueron aprobadas por unanimidad; se dió luego cuenta de la entrega á Villanova de las minas, con arreglo á la escritura de 4 de Marzo y de la ratificación del inventario hechas por la Dirección, en unión de D. José Mayol, representante de González de Velasco, Moral y D. Gonzalo Gutiérrez, en representación de Villanova, quien quedó hecho cargo de todo para responder èn su día; González de Velasco manifestó deseos de que se constituyese definitivamente la Sociedad, otorgándose escritura pública, para la cual había ya presentado unas bases, las cuales, conviniendo todos en lo beneficioso del pensamiento, acordaron se pasaran á todos los accionistas para su examen; y González de Velasco rogó á Villanova se abriera un libro para anotar todos los gastos de las minas con la debida claridad y precisión, como garantía de los socios, lo que se discutió, oyéndose á Villanova, y acordándose que, sin ser visto que por otra deferencia voluntaria de aquél se modificara ni alterara en lo más leve las condiciones de la escritura de 4 de Marzo, estudiaría para la próxima junta, y presentaría, á fin de que se aprobara ó modificara, un modelo, el cual presentó en efecto y fué aprobado en otra junta de 21 de Febrero de 1881, en la que también se leyó un informe de Moral acerca de las bases para la escritura de constitución de la Sociedad, y se acordó que pasaran á Cavedo para que diese su parecer; se aprobó por unanimidad la cuenta rendida por Villanova en fin de Diciembre entonces último, ascendente á 45.894 reales 19 céntimos, y el balance hasta la misma fecha, importante 1.434.667,76 reales; á indicación de González de Velasco, de que Villanova consultase sobre la conveniencia de sustituir los malacates con una pequeña máquina de desagüe, contestó aquél, entre otras cosas, que él tenía más interés que nadie en que las minas se pusieran en condiciones de extinguir el pasivo que pesaba sobre la empresa; López significó que deseaba conocer en fin de cada mes el estado de los trabajos y adelantos hechos en la explotación, á lo que accedió Villanova; y á dos reclamaciones de cantidades por Alcáraz, se acordó abonárselas, rogando á Villanova verificara el pago como creyera más conveniente, siéndole de abono en su cuenta dichas partidas; y en otra junta de 14 de Junio del mismo año de 1881 se dió cuenta del estado de los trabajos de la mina, por la correspondencia y notas del encargado en Villanueva del Duque; se aprobó un nuevo modelo de libro y extracto de cuentas; se acordó que las bases

para constitución de la Sociedad pasaran á Villanova para que emitiese su dictamen acerca de ellas; y se aprobaron las cuentas del mismo respectivas á Enero, Febrero y Marzo de aquel año, importantes 31.687,27 reales:

Resultando que en junta de 24 de Enero de 1882 se dió cuenta de un pliego de observaciones remitido por González de Velasco y López Parajua, acerca de la manera de mejorar la explotación de las minas, diciendo Baena que su poderdante Villanova estaba dispuesto á cumplir los compromisos contraídos con la empresa en la escritura de 4 de Marzo de 1880, y á llevar á cabo todas las reformas que fueran útiles y convenientes á la Sociedad, para lo cual los firmantes de las bases en discusión concretaran la clase de reformas que debían hacerse y los medios de llevarlas á cabo, y ese dictamen científico y razonado lo someterían á su Ingeniero, reservándose obrar con arreglo al informe de éste; en orden al arrendamiento de las minas á otra persona que pudiera tomarlas con mayor ventaja, Baena dijo, en nombre de su poderdante, que estaba conforme, y que quedando asegurados los derechos de éste, lo cual creía muy conveniente, en lo que estuvieron conformes todos los demás; y lo propio en el rédito del dinero, añadiendo Baena que si había quien lo diera un céntimo más barato y en la forma que el mismo lo facilitaba, también estaba conforme; en cuanto á la venta, en principio convinieron todos; pero no así en la forma, rechazando lo propuesto por González de Velasco y López; y el Presidente, resumiendo el debate, propuso y se acordó: primero, excitar el celo de Villanova para que activase cuanto le fuese posible el desagüe y explotación de las minas; segundo, que si Velasco y López creían que había otros medios de mejores resultados los concretaran como había expuesto Baena y se diera conocimiento á Villanova para que éste, oyendo á su Ingeniero, contestara si eran ó no admisibles las reformas que se proponían; y tercero, que en cuanto á arriendo ó venta respectivamente quedaban autorizados todos los socios para presentar proposiciones á la empresa, y lo mismo para facilitar dinero en mejores condiciones y menos interés que el que se pagaba á Villanova:

Resultando que en otra junta general de 29 de Octubre del mismo año de 1882 se dió lectura á una carta de 27 de aquel mes, de Villanova á Méndez, como Director de la Sociedad, manifestando, en uso de la facultad que le concedía la condición 8.ª de la escritura de 4 de Marzo de 1880, que no le convenía continuar el contrato, y que para no irrogarle perjuicio cesaría en 31 de Diciembre de aquel año, con el fin de que los socios tuvieran tiempo de tomar con tal motivo las resoluciones que gustaran; López Sánchez propuso y defendió que ante todo se constituyese la Sociedad en cualquiera de las formas de la ley especial de Sociedades mineras, á fin de facilitar la transmisión de participaciones, oponiéndose Baena, fundado en que la de que se trataba tenía existencia legal con arreglo á la ley común, y en que no convenía hacer gasto alguno ni alterar el estado de las cosas hasta que se resolviera lo que se había de hacer después, y Villanova cesara en su contrato; y los socios, por mayoría de votos computada según el reglamento de 5 de Julio de 1876, por el que la Sociedad venía rigiéndose, acordaron se celebrara nueva junta, á la que cada uno llevara formado su pensamiento sobre lo que había de hacerse para seguir trabajando sin interrupción las minas después del 31 de Diciembre y no se perdiesen los resultados obtenidos:

Resultando que por escritura de 13 de Noviembre de dicho año 1882, inscrita en el Registro de la propiedad de Pozoblanco en 4 de Diciembre

siguiente, D. Joaquín López Sánchez vendió á D. Lorenzo Alvarez Capra dos acciones de las cuatro repetidas minas que adquirió de D. Pedro González de Velasco por escritura de 21 de Junio del mismo año, inscrita en el Registro de la propiedad en 21 de Agosto, de la que entregaba copia al comprador, y en la que se hacía mérito de los títulos y transmisiones, por lo que se omitían en ésta, en la que se consignó que aquélla expresaba no existía sobre las minas ninguna hipoteca ni responsabilidad, y que el vendedor López Sánchez declaraba que él no había impuesto ni reconocido carga alguna sobre sus participaciones, resultado y manifestación con que estuvo conforme Alvarez Capra, después de advertido por el Notario de la conveniencia de que se hubiese obtenido y presentado certificación del Registro referente á inscripción y gravámenes:

Resultando que en junta general de 19 del mismo mes de Noviembre de 1882 presentó Baena, en representación de Villanova, un informe dado en 12 de dicho mes por el Ingeniero Director Sánchez Messía, é indicó la necesidad de dividendos pasivos para subvenir á los gastos de los trabajos desde el primer día del año próximo, idea que en principio aceptaron Méndez y Cavedo, sosteniendo Escribano y Menéndez la conveniencia de un nuevo plazo para formular su pensamiento, toda vez que hasta aquel instante no habían conocido el informe sobre el estado de la mina; acordándose celebrar nueva junta para tomar resolución definitiva sobre el asunto en 5 de Diciembre inmediato, siendo el acuerdo que se tomara obligatorio para todos los socios, conforme al reglamento vigente, y se aprobó la cuenta rendida por Villanova del tercer trimestre de aquel año, que arrojaba en contra de la Sociedad 62.629 reales y 4 céntimos; y en junta del citado día 5 de Diciembre, de conformidad con lo pedido en una carta por Menéndez Cereceda, López Parajua, Escribano y Casals, se acordó aplazar la resolución definitiva del asunto pendiente, accediendo á ello Baena, pero declinando sobre la misma empresa los perjuicios que por estas dilaciones pudieran sobrevenir:

Resultando que para la junta de 15 de Diciembre de 1882 propuso Baena: primero, continuar desde el 1.° de Enero siguiente por cuenta de la Sociedad los trabajos planteados por Villanova, á cuyo efecto éste devolvería las minas; tercero, repartir un dividendo pagadero en ocho días, para reunir 60.000 reales con que atender á los trabajos hasta 31 de Marzo: sexto, confirmar á Méndez en el cargo de Director y nombrar Secretario en propiedad á un socio, con las facultades del reglamento vigente; octavo, resolver en una de las juntas de Enero y Febrero si se acometían, y en qué plazo y forma, los trabajos que aconsejaba el Ingeniero Sánchez Messía en su informe de 12 de Noviembre; y noveno, resolver previamente en cualquiera de dichas juntas la manera de pagar á Villanova el crédito contra la Sociedad que resultara del balance que se hiciera por fin de aquel año, á tenor de la condición 6.ª de la escritura de 4 de Marzo de 1880; y celebrada dicha junta general en el expresado día 15 de Diciembre de 1882, fueron aprobados los ocho primeros capítulos del referido pliego de proposiciones presentado por Baena, representante de Villanova, aunque con adicion el 2.° y el 8.°, y con reserva de algunos socios respecto del 6.°, quedando el 9.° para deliberar sobre el particular en las primeras juntas que se celebraran; y en una extraordinaria de 27 del mismo mes de Diciembre se acordó que el Delegado marchara á las minas lo más pronto posible habilitado de fondos, para que los trabajos no se paralizaran en 1.° de Enero, en evitación de los perjuicios que se habían de seguir á la empresa; para lo cual, cada una de las 75 acciones contribuyera con 200 reales del dividendo de 800, que

serían entregados al día siguiente en casa de Villanova; y se dió también cuenta de la adquisición por D. Lorenzo Alvarez Capra de las dos acciones de López Parajua, según la referida escritura que exhibió:

Resultando que por otra escritura de 17 de Enero de 1883, inscrita en el Registro de la propiedad de Pozo Blanco en 25 del mismo mes, Don Francisco Menéndez Cereceda, dueño en propiedad y pleno dominio por los títulos que expresó de once participaciones ú 11 por 100 del valor que con todos sus útiles, maquinarias, herramientas, minerales extraídos y por extraer, elaborados y otros efectos, tuvieran las cuatro repetidas minas, que dijo no tenían sobre sí más gravamen que el de un crédito de 150.000 pesetas, tomadas á préstamo por todos los socios sobre los productos de aquéllas, de D. Manuel Francisco Alvarez, por escrituras de 16 de Agosto de 1877 y 3 de Marzo de 1878, con cuyo gravamen las adquirió de López Parajua, sin que á los otorgantes constara la existencia de ningún otro gravamen, vendió una de las once participaciones á D. Francisco del Valle y Peña:

Resultando que en junta de 14 de Febrero de 1883 se leyó el acta de entrega hecha por el encargado de Villanova á Delgado, cuya conducta se aprobó por unanimidad; se acordó unir á sus antecedentes una reclamación de Alcaraz y suspender la sesión, la cual se continuara el día 17, como así en efecto tuvo lugar, empezándose en este día por la lectura de las cuentas del último trimestre del arrendamiento de Villanova, y las del mes de Enero de aquel año, rendidas por D. Gonzalo Gutiérrez, quedando unas y otras aprobadas por unanimidad; dándose cuenta á seguida del balance final del ejercicio de 1882, en que la mina había estado á cargo del Villanova, y el cual arrojaba un pasivo de 2.221.822 reales 51 céntimos, quedando igualmente aprobado por unamidad, tratándose además de otras cosas; y en nueva junta de 5 de Marzo siguiente, además también de tratarse de otros particulares, se dió cuenta de que por falta de fondos estaban sin pagar las obligaciones de Febrero y el canon de superficie, tomándose cierto acuerdo respectivo de los socios que no habían satisfecho el segundo desembolso á cuenta de los 200 del dividendo votado de 800 por acción; y Baena pidió un certificado del último balance presentado por Villanova, á consecuencia de haber cesado por fin de 1882 en su contrato de 4 de Marzo de 1880, acordándose por unanimidad que se le facilitara, habilitándose para ello en concepto de Secretario á Delgado, mediando incompatibilidad del mismo Villanova, que lo era interino:

Resultando que con fecha 12 de dicho mes de Marzo de 1883, el Secretario habilitado, D. Antonio Delgado expidió, visada por el Director, la certificacióu acordada, transcribiendo el balance presentado por Villanova en 31 de Diciembre de 1882, en cuya cabeza dijo éste ser de la Sociedad minera *El Pastor*, y que por el pasivo existente en 31 de Diciembre de 1881 y el importe de sus cuatro cuentas de gastos de explotación, rendidas en fines de Marzo, Junio, Septiembre y Diciembre de 1882, de todo lo cual expresó las sumas, el total, salvo error ú omisión, era de 2.221.822 reales 51 céntimos, y siendo 75 las acciones de pago de que constaba la Sociedad, era visto que á cada acción le correspondía un pasivo de 29.624 reales con 60 céntimos; agregándose en la certificación que, enterada la junta del preinserto balance, que arrojaba un pasivo contra la Sociedad y á favor de Villanova de la cantidad antes dicha, y de la cual correspondía á cada acción la también expresada, lo aprobaron por unanimidad:

Resultando que en carta del 9 del mismo mes de Marzo de 1883, el Director Méndez dijo á D. Francisco del Valle y Peña quedaba tomada

razón bastante de la escritura de 17 de Enero último, que había recibido el día anterior, por la que había adquirido Valle de Méndez Cereceda dos participaciones en las minas, y de la cual daría cuenta en la primera junta; y le advirtió estar señalado como improrrogable plazo el día 15 de aquel mes para el desembolso de 200 reales por acción á cuenta de un dividendo acordado:

Resultando que en junta de 17 de dicho mes de Marzo de 1883 se aprobó el certificado antes expresado librado á Villanova, se firmó por el Secretario habilitado Delgado y se visó por el Director; se nombró Tesorero á Alvarez Capra, y por estar en descubierto las obligaciones de Febrero y el canon de superficie, se resolvió el tercer desembolso del dividendo votado; en otra junta de 31 del mismo mes de Marzo se dió cuenta de cartas de D. Gonzalo Gutiérrez, manifestando la imposibilidad de seguir trabajando por estar en descubierto de las obligaciones de Febrero y Marzo, y por otras causas que expresó; y puesto á votación si se debían pagar dichas obligaciones, y si para ello había de desembolsarse el resto del dividendo de 800 reales, acordado en Diciembre, se hicieron manifestaciones en pro y en contra, quedando aprobado el pago por mayoría, y del mismo modo la continuación después de los trabajos; y á instancia de Menéndez y de Casals se invitó á los socios, cuyo título consistía en documento privado, á presentar escritura pública de adquisición, teniéndose mientras tanto por bastante aquél, á propuesta de Alvarez Capra; y Menéndez inició la idea de reformar algunos artículos del reglamento referentes á las facultades de la Dirección:

Resultando que en junta de 1.° de Junio de dicho año, entre otros particulares, se propuso por Baena que el precio de las caballerías existentes en Villanueva, mandadas vender en la junta anterior, se entregara á su representado, D. José Jenaro Villanova, en atención á haberlas comprado éste durante su contrato, ó se le facultara para retirarlas de las minas por el precio de adquisición, á rebajar en uno ú otro caso de su crédito contra la Sociedad, acordándose lo segundo por unanimidad; y en otra junta celebrada en 28 del mismo mes se dió cuenta de la entrega de las siete caballerías que había en las minas á D. José Jenaro Villanova, en cumplimiento de lo acordado en la anterior, y siendo el valor justificado de ellas 18.662 reales 50 céntimos y el crédito de aquél 2.221.822 reales con 51 céntimos, quedaba reducido dicho crédito á 2.203.160 reales y un céntimo, siendo todo aprobado por unanimidad; Menéndez hizo constar que había demandado á Méndez para pago de cantidades no satisfechas á trabajadores y destajistas de la mina, y fallecido aquél, se proponía dirigir una acción contra la Sociedad, manifestando Baena que ésta no venía obligada al pago, sino la testamentaría de Méndez, toda vez que al hacerse el contrato con Villanova y deslindarse los débitos que aquél y éste debían respectivamente satisfacer, quedaron á cargo de Méndez los de que se trataba; replicando Menéndez que, apareciendo hechas las liquidaciones por el Director de la Sociedad y fallecido aquél, tenía acción contra ésta; exponiendo Alvarez que sin que la Sociedad se opusiera al pago, no era justo demandarla, y para que se supiese si debía pagar ó no, era menester que fueran exhibidos los documentos de crédito, acordándose así por unanimidad; y diciendo Baena que pues en la junta próxima se iba á tratar de ese crédito reclamado por Menéndez, también él, á nombre de D. José Jenaro Vilanova, reclamaba el de los 2.203.160 reales con un céntimo, pidiendo que para aquélla fuesen los socios dispuestos á proponer los medios de satisfacerlo:

Resultando que en 28 de Julio del mismo año 1883 se dió cuenta de carta de D. Gonzalo Gutiérrez á D. Luis Villanova, diciéndole haber he-

cho todos los pagos pendientes, menos el de 1.000 y pico de pesetas por carbón suministrado en Marzo, y en 19 de aquel mes haría entrega de las minas á Manuel Contreras; siendo aprobado por unanimidad lo hecho por el D. Gonzalo, se dió cuenta de haberse notificado á D. Luis Villanova una providencia judicial mandando entregar al representante de la Sociedad copia de un escrito presentado por Doña Dolores Menéndez para que le constase la existencia de un pleito que había entablado contra el difunto Méndez, como Director de aquélla, para pago de cantidad procedente de liquidaciones de destajistas, y después de larga discusión, especialmente entre Menéndez y Silva, apoderado de un testamentario de Méndez, que, como Baena, sostuvo que, según lo acordado, debieron traerse á esta junta los documentos de crédito reclamados para que la Sociedad los examinara y decidiese, terció Delgado, manifestando que por decoro á la memoria del difunto Director se debía resolver de plano el incidente, acordando el pago definitivo de los créditos aludidos, manifestación á que se adhirieron Alvarez y Baena, previo, sin embargo, el examen por Delgado y por Baena de los documentos ó liquidaciones de que se trataba, y el acuerdo de éstos y de Menéndez, apoderado de la demandante, sobre la forma y tiempo del pago, en su caso, acordándose así; Baena reclamó á seguida el pago de los 2.203.160 reales y un céntimo que la Sociedad adeudaba á Villanova por fin de 1882, sin perjuicio de cualquiera otra cantidad que pudiera corresponderle, y Alvarez dijo que estaba pronto á pagar lo que le correspondiera ;Silva expresó su deseo de que Villanova se encargase del laboreo de las minas hasta reintegrarse con sus productos, y Menéndez, Delgado y Casals, no encontrando solución satisfactoria, expusieron que Villanova podía usar para obtener el pago del derecho que creyera asistirle, cuyo ejercicio, en tiempo y forma oportunos, se reservó Baena, en nombre de aquél; discutiéndose luego el modo de allegar recursos para las obligaciones aun pendientes y el pago del canon de superficie y guarda, se votó por Alvarez, Silva y Baena, que formaban mayoría, la caducidad de las participaciones de los socios no solventes, en lo que no tuvo inconveniente Menéndez, pero con cierta salvedad; en junta de 13 de Agosto siguiente, presidida por Baena, representante de Villanova, con protesta de no aceptar por ello los derechos ni los deberes de Director, se acordó, entre otras cosas, á instancia de Villanova y de Delgado, pagara la Sociedad principal y costas de la reclamación de Doña Dolores Menéndez, haciendo para ello un reparto proporcional de la cantidad total, sin perjuicio de las manifestaciones y acuerdos de las juntas anteriores en orden á dividendos pasivos, y á reserva de que la Sociedad reclamara de quien procediera lo que satisficiese; y en otra junta del 28 de Septiembre inmediato, cuya acta en pliego suelto obra original en estos autos, Baena hizo también en nombre de D. José Jenaro la reclamación del crédito escriturario que éste ostentaba contra la Sociedad, manifestando Alvarez Capra que estaba pronto á pagar lo que le correspondía, y contestando los demás asistentes quedar enterados:

Resultando que D. José Jenaro Villanova falleció en 2 de Abril de 1884, procediéndose á las operaciones divisorias de su caudal, que fueron aprobadas por escritura de 11 de Julio de 1885, y en el inventario de las cuales, bajo el epígrafe «Derechos y acciones», se comprendió las 25 y media de las minas de autos, que dijo haber sido adquiridas por el difunto García Abienzo por escritura de 23 de Septiembre de 1878, inscrita en el Registro de la propiedad de Pozoblanco; agregándose que esta participación, como las de los demás interesados en aquéllas, quedó obligada á D. Manuel Francisco Alvarez, en seguridad de los

préstamos de 150.000 pesetas, constituídos en las escrituras de 1877 y 1878, y que estas minas, en consideración á su estado, no tenían valor alguno; comprendiéndose luego deudas del causante á Doña Antonia Cavedo, á D. Fernando Méndez y á García Abienzo por resto del precio de las referidas acciones; no figurando crédito alguno, ni haciéndose reserva de derechos procedente de dichas minas, ni tampoco en las supuestas adjudicaciones y declaraciones que constituyen la partición, en cuyo encabezamiento se consigna haberla practicado como contadores Doña Dolores de la Cuadra, D. José Villanova de Campos, D. Enrique Baena y D. Manuel Danvila, después de haber examinado detenidamente el testamento y codicilo del difunto, y cuantos papeles y documentos podían conducir al mejor desempeño de su encargo:

Resultando que según dos actas en pliegos sueltos, unidas originales á los autos por presentación de D. Francisco del Valle, reunidos en junta en 15 de Enero de dicho año 1885, Baena recordó la reclamación hecha del crédito de la testamentaría de Villanova contra la Sociedad, no tomándose acuerdo por ausencia de Alvarez Capra á causa de una desgracia de familia; no apareciendo firmada esta acta por Casals, que se dice haber asistido; y en 8 de Septiembre del mismo año, Valle encareció la necesidad de pagar lo que se debía al Estado por canon de superficie, al guarda de las minas, y á Alvarez Capra el saldo que alcanzaba como Tesorero, y de responder de una manera concreta á la reclamación del crédito de los herederos de Villanova contra la Sociedad; expresando Baena su creencia de no tener fácil solución dichos particulares; y Valle insistió en su deseo, manifestado varias veces, de declinar el cargo de Presidente, rogándosele por todos, como en la junta anterior, que continuara hasta la próxima:

Resultando que en subasta verificada en 24 de Octubre de 1885 por el Estado, por cobro de adeudos, fué vendido el derecho de superficie en las cuatro minas; que al practicarse las pruebas de este pleito, estaba inscrito en el Registro de la propiedad á nombre de D. José Antonio Corral y D. Jacinto María Anglada; pero quedando á favor de la Sociedad, propietaria del terreno, maquinaria, material y edificios; y en 11 de Noviembre del citado año retiró D. Francisco Villanova de las oficinas de Hacienda el sobrante del precio de dichas ventas:

Resultando que con fecha 20 de Octubre de 1892, Doña Dolores de la Cuadra, D. Luis, D. Juan y D. Francisco Villanova de la Cuadra y Don José Villanova de Campos, dedujeron demanda, pidiendo se declarara que los herederos de D. José Jenaro Villanova tenían derecho á cobrar de la Sociedad colectiva explotadora de las minas *El Pastor* y otras de Villanueva del Duque, provincia de Córdoba, cuanto dicho causante, deducida la parte que le correspondía, desembolsó en beneficio de la Sociedad, con más los intereses estipulados y las costas; condenando, en su virtud, á los demandados, cuyos nombres quedaban expresados en la misma demanda, á que como tenedores de acciones en que estuvo constituída la Sociedad, abonaran á dichos herederos la cantidad resultante, que se liquidará en el día correspondiente á prorrata de su respectiva participación é interés social, hasta la completa solvencia de las responsabilidades de cada una de las acciones que compraron; para lo que alegaron, entre otros hechos, las escrituras de 5 de Julio de 1876, 16 de Agosto de 1877 y 3 de Marzo de 1880, haciendo notar que Méndez y García Abienzo concurrieron á las dos últimas, como condóminos con González de Velasco y Doña Fernanda Maestre del 75 por 100 de la propiedad de las cuatro minas, y como Director y Secretario interventor de la Sociedad colectiva privada formada por la primera; las actas de la junta

general de 21 de Abril, terminada en 7 de Mayo y 5 de Junio de 1877 y 16 de Febrero de 1880; la escritura de 23 de Septiembre de 1878 entre García Abienzo y D. José Jenaro Villanova; la proposición á éste hecha en la junta general de 15 de Diciembre del mismo año, y su aceptación en principio; los acuerdos de las juntas de 8 y 28 de Febrero de 1880, y el otorgamiento, por último, de la citada escritura de 3 de Marzo de 1880, en la que se estipuló que Villanova se obligaba á emprender el laboreo de las minas, haciéndose cargo de todas las deudas y compromisos de la Sociedad, abonándosele el 15 por 100 de cuantos desembolsos debidamente justificados hiciera; se fijó en 1.186.000 reales el pasivo, por todos conceptos, de la Sociedad, en fin de Diciembre de 1878, del que se haría cargo Villanova; se consignó que no podría exigirse á éste la terminación del contrato sin que se encontrara reintegrado, ó se le reintegrase á su satisfacción del pasivo fijado ó del que en adelante tuviese la Sociedad propietaria de las minas, y se estipuló, por último, que finalizado el contrato, bien porque Villanova usara de la facultad que se le confería de rescindirlo pasados dos años, bien por esterilidad de las minas ó por cualquier otra cosa, devolvería éstas y respondería á la Sociedad de que formaba parte hasta el importe de la cantidad fijada como valor de las mismas y de sus accesorios, respondiendo desde entonces la Sociedad á todos los acreedores que formasen el pasivo, si lo hubiese, del importe de sus respectivos créditos; los acuerdos de las juntas de 18 y 28 de Mayo de 1880 y 21 de Febrero de 1881, respecto á pagos por Villanova, cuyas cantidades, como las demás que satisfizo durante el laboreo de las minas, fueron incluídas en las cuentas trimestrales, de las que conoció la Sociedad, aprobándolas y estimando aquéllas como del abono de Villalanova en su cuenta con la Sociedad; la carta de Villanova al Director Méndez en 27 de Octubre de 1882; las juntas generales de 29 del mismo mes y la de 15 de Diciembre de dicho año, en que se acordó que en la próxima que se celebrara se deliberase acerca de la manera de pagar á Villanova el crédito contra la Sociedad que resultara del balance que se hiciese por fin de año, á tenor de la condición 6.ª de la escritura de 4 de Marzo de 1880; la junta de 14 de Febrero de 1883, en que se aprobó la conducta de Delegado, representante de la Sociedad, en la entrega de las minas hecha por el encargado de Villanova; la presentación por éste del balance de 31 de Diciembre de dicho año, de que se dió cuenta en las juntas de 14 y 17 de Febrero de 1883, y fué aprobado por unanimidad, reconociendo, en consecuencia, la Sociedad un crédito á favor de Villanova por 2.221.822 reales 50 céntimos, repartibles entre 75 acciones, correspondiendo á cada uno 29.624 reales con 30 céntimos; la junta de 1.º de Junio de 1883, en que se acordó la venta de las caballerías existentes en las minas y la entrega del precio á cuenta de Villanova; y la de 28 del mismo mes, en que se fijó el crédito de aquél contra la Sociedad en reales 2.203.160 y un céntimo, por haber producido dicha venta 18.662 reales 50 céntimos que le habían sido entregados á buena cuenta; la proposición de Menéndez y la manifestación de Baena en la misma junta de 28 de Junio de 1883, y lo dicho en la de igual día del siguiente Julio por Baena, por Alvarez Capra, por el representante de la testamentaría de Méndez y por Delgado, Menéndez y Casals, con la reserva expresada por Baena, la muerte de Villanova, y la protocolización de su testamento, agregando: que no llegó á formular reclamación alguna ante los Tribunales contra la Sociedad explotadora de las minas, y en su testamentaría tampoco figuró el expresado crédito, por no haber sido conocido hasta hacía pocos meses, que había sido encontrado el expediente en que se hallaban los antecedentes del asunto, base de esta de-

manda; siendo visto, en consecuencia, que dicho crédito pertenecía á los herederos de Villanova, quienes, cuando lo realizaran, tendrían que cumplir lo dispuesto en el reglamento provisional para la administración y realización del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes de 31 de Diciembre de 1881; que por su parte, la Sociedad deudora, después de tratar en varias juntas generales la manera y medios de arbitrar recursos para el pago de su pasivo, nada resolvió, y por falta de pago del derecho de superficie, el Estado declaró la caducidad de la concesión y las vendió, con arreglo á la ley; que por la escritura de 16 de Agosto de 1877, al constituir la Sociedad explotadora de las minas Méndez, González de Velasco, Doña Fernanda Maestre y García Abienzo, se repartieron el 75 por 100 del negocio en la proporción que tuvieron por conveniente, y el último de aquéllos, por la escritura de 23 de Septiembre de 1878, vendió á Villanova 25 y media acciones, que seguían perteneciendo á sus herederos, pues una que cedió á Baena, la revertió al poco tiempo; pero de ellas no había para qué ocuparse de los fines de la demanda, sino de las restantes, cuyas cesiones y actuales poseedores expresó, citando las escrituras y actas que se mencionaban; que el crédito de 555.455,62 pesetas reconocido á Villanova por el abono á buena cuenta de las pesetas 4.655,62, quedó reducido á 550.079 pesetas, y adicionados los intereses compuestos al 15 por 100, estipulados y no satisfechos hasta 31 de Agosto de aquel año, daban un total de 2.132.080,74 pesetas, de los que correspondían á cada una de las 75 acciones de la Sociedad deudora 28.427,74 pesetas, y por lo tanto, á las 25 y media de Villanova, hoy de sus herederos, 724.927,37 pesetas, y á las otras, 1.407.137,37 pesetas, que era lo adeudado por los que las habían poseído:

Resultando que en la copia obrante en autos por presentación de los autores de la escritura de 4 de Marzo de 1880, aparecen notas de 2 y 3 de Diciembre de 1892 de haber satisfecho al Tesoro público, en concepto de muebles, D. Francisco Villanova, en su nombre, 1.342,60 pesetas, y en el de D. José Jenaro, 15,23 pesetas:

Resultando que en escrito de 30 del mismo mes de Diciembre, D. José Villanova de Campos se separó de la demanda, sin que éste desistimienimplicara pérdida ni renuncia del derecho que pudiera corresponderle en el asunto, y á reserva de ejercitarle en distinta ocasión y procedimiento si viere convenirle; y el Juzgado le tuvo por desistido y separado en providencia de 4 de Enero siguiente:

Resultando que de los demandados mencionados en dicha demanda, fueron declarados en rebeldía Doña Fernanda Maestre, D. José María López Parajua, Doña Antonia Cavedo, heredera de D. Manuel; D. Antonio Delgado, D. Francisco Menéndez, D. Eusebio Casals, D. Félix del Río, D. Gabriel López, D. Miguel Aizcorbe, Doña Dolores Menéndez, los herederos de D. Francisco de P. Méndez y los de D. Esteban Maestre; y que otro de los demandados, D. José del Moral y Rodríguez, promovió artículos de incontestación, por no tener el carácter de propietario de 10 acciones en las minas, y obtuvo de la Sala primera de la Audiencia de esta corte, en 21 de Enero de 1895, sentencia estimatoria de la excepción:

Resultando que D. Francisco del Valle y Peña contestó á la demanda en 8 de Abril de dicho año 1895, pidiendo se le absolviera de ella, con imposición de costas á los demandantes, y alegando, entre otras cosas: que la Sociedad colectiva civil privada, que se decía constituída en la escritura de 5 de Julio de 1876, y como Director y Secretario, de la cual se expresaba que habían concurrido Méndez y García Abienzo á la de 16 de Agosto de 1877, no había existido, ni podido existir legalmente; por lo que tampoco habían podido concurrir con tal carácter y representación

á la escritura de 3 de Marzo de 1878, pudiendo ser que aquéllos para contraer los préstamos fuesen autorizados por personas que con ellos formaran una Sociedad particular, pero no una colectiva, como con inexactitud legal é impropiedad de lenguaje notorias se decía en dichas escrituras y se repetía en la demanda; que por la escritura de 17 de Enero de 1883, inscrita en el Registro de la propiedad, Menéndez Cereceda le vendió dos de sus 11 participaciones en las minas, con las pertenencias, herramientas, maquinaria y demás que le era anejo, declarando que sobre ellas no pesaba más carga que el crédito de 150.000 pesetas, tomadas á préstamo de D. Manuel Francisco Alvarez por todos los socios sobre los productos de dichas minas, en las escrituras de 16 de Agosto de 1877 y 3 de Marzo de 1878, y que como consecuencia de todo ello entraría él en la propiedad y dominio plenos de las dos participaciones, de las que podría disponer libremente; no haciendo la entrega del título de propiedad anterior, por comprenderse también en él las restantes participaciones que el vendedor se reservó; que él presentó el día 8 de Marzo de dicho año 1883 su escritura de adquisición á la Sociedad civil particular, constituída privadamente para la explotación de las minas, recibiendo del Director Méndez la carta del siguiente día 9; que era completamente inexacto que los que se decían herederos de Villanova ignoraran hasta pocos meses antes de entablar la demanda la existencia del crédito que reclaman, pues en las operaciones testamentarias debía figurar como incobrable y sin valor; y además, Baena, que intervino en esas operaciones, era sobrino y apoderado general de Villanova, á quien representó constantemente en los asuntos de la Sociedad, y reclamó el crédito antes del fallecimiento de aquél, y después en su representación y en la de D. Luis Villanova, recordó lo dicho por él, por Baena y por Alvarez Capra en la junta de 8 de Septiembre de 1885; dijo además que de la escritura de 5 de Julio de 1876 no tenía más noticias que las confusas referencias hechas en las de 16 de Agosto de 1877 y 3 de Marzo de 1878, por lo cual negaba su existencia, é insistía en que por ella no se pudo constituir una sociedad colectiva civil, sino una sociedad civil particular ó singular; que en la demanda se empleaba impropiamente la palabra cesión como sinónima de enajenación, pues él no había sido nunca cesionario de Menéndez Cereceda, sino que había adquirido de éste, por un contrato de compraventa, la propiedad que tuvo en dos participaciones de las minas; que también era inexacto que Baena, á quien Villanova cedió una acción, la revertiera al poco tiempo, dejando sin efecto la cesión, pues había seguido siendo poseedor de ella hasta la extinción de la Sociedad, é intervino en la última junta celebrada en 8 de Septiembre de 1885; que la Sociedad de que se trataba sufrió grandes modificaciones en cuanto á las personas que la constituían, según se confesaba en la demanda, y por esas modificaciones quedó extinguida la Sociedad primitiva y las siguientes, en 1883 por muerte de González de Velasco, Méndez y Cavedo; en 1884 por la de Villanova, y la que subsistiera en 1886, se extinguió definitivamente por haber perdido la cosa que era su objeto; que cuando la Sociedad reconoció el crédito de Villanova no formaba él parte de la misma, pues ese reconocimiento se verificó en las juntas de 14 y 17 de Febrero de 1883, y hasta 9 de Marzo siguiente no se tomó razón de su escritura de propiedad:

Resultando que D. José Escribano y García impugnó también la demanda adhiriéndose á lo expuesto por Valle y Peña, y agregando, entre otras cosas: que los préstamos hechos á la Sociedad por D. Manuel Francisco Alvarez se hicieron siempre con la única garantía de los productos de las minas, cumpliendo los acuerdos de las juntas de asociados, según

constaba en las escrituras de 3 de Marzo de 1878 y 4 de igual mes de 1880, y esa única garantía tuvieron todos los contratos con Villanova, como se marcaba en la segunda de esas escrituras y en los demás documentos presentados por los demandantes, expresándose siempre en las actas que de todos estos contratos no responderían los socios, ni la propiedad de las minas, sino sus productos; que en todos esos documentos de los actores se llamaba á la asociación explotadora de las minas Sociedad civil particular; que él recibió las dos acciones de González de Velasco con el sólo objeto de asistir en su nombre á las juntas; que negaba se constituyese en forma la Sociedad; y que los actores carecían de acción, por no justificar el vínculo jurídico que los uniera á los demandados, ni presentar siquiera la prueba de la constitución de la Sociedad, y él también carecía de personalidad para contestar la demanda, por no haber sido nunca más que un representante de González de Velasco:

Resultando que D. Lorenzo Alvarez Capra se opuso también á la demanda, haciendo notar que la escritura de 1876, inserta en parte en la de 1877, fué inscrita en el Registro de la propiedad como era necesario, tratándose de derechos reales sobre bienes inmuebles; que de ellas se desprendía que García Abienzo, González de Velasco, Méndez y Doña Fernanda Maestre constituyeron una Sociedad para el laboreo, administración y distribución de gastos y productos de las minas; pero como no se había presentado íntegra la escritura de 1876, era imposible conocer con exactitud la clase de dicha Sociedad, que con evidente inexactitud se calificaba de colectiva privada, ni las condiciones y régimen que se estableció, ni siquiera si llegó á tener existencia legal, por haberse constituído con las formalidades y requisitos debidos; que el acta de la junta de la Sociedad ó de los cuatro socios que entonces la componían, empezada en 21 de Abril y terminada en 7 de Mayo de 1877, inserta en la estura de 16 de Agosto de dicho año y en la de 3 de Marzo de 1878, aparecía que al autorizar al Director Méndez para que con la intervención del Secretario García Abienzo arbitrase los fondos que fuesen necesarios desde Junio siguiente, se añadió que fuese sin que pudiese obligar las personas de los socios ni la propiedad de sus participaciones al prestamista ó personas que adelantasen los fondos bajo su garantía, pues los socios sólo responderían á éste; y de acuerdo con ese antecedente que conocía D. Manuel Francisco Alvarez, hizo el préstamo á Méndez, no á la Sociedad de que era Director, y no exigió la garantía hipotecaria de las minas inscritas á favor de los socios, ni pactó otro medio de reembolsarse que la mitad del producto de las mismas, recibido á su elección, en una de las dos formas que se establecían en la cláusula 2.ª de dichas escrituras, siendo en ellas tan evidente el propósito de que el derecho del prestamista no se extiende á más, ni pudiese en ningún tiempo para reintegrarse perseguir las pertenencias mineras, y menos aún la responsabilidad personal de los socios; que preveyendo la eventualidad de que el préstamo no fuera satisfecho en el plazo convenido de un año, se suspendieran ó continuaran los trabajos ó se cambiara la organización y dirección de la Sociedad, la única facultad que se le concedía era la de incautarse de las minas para ejecutar, bajo la dirección de un Ingeniero, las labores que creyese más conveniente para obtener el reintegro principal, intereses y costas; que según la escritura de 4 de Marzo de 1880 y los antecedentes en ella insertos, Viilanova se encargó del laboreo y explotación de las minas por su exclusivo riesgo, y sin que para reintegrarse de los desembolsos y de los intereses convenidos se le concedieran otros medios que el producto total de ellas, con los cuales debía atender en primer lugar á los gastos de la explotación, sin que debiera

ni pudiera aplicar á la extinción del pasivo, de que también se hizo cargo, sino la parte líquida que resultase sobrante de dichos productos después de cubiertos dichos gastos, y no pudiendo privársele de los repetidos productos, dando por terminado el contrato mientras no estuviera reintegrado ó se reintegrase á su satisfacción, si bien él podría separarse de su compromiso después de los dos primeros años, sin que para este caso, que fué precisamente el que ocurrió, se le reconociera expresamente derecho alguno; que era difícil, si no imposible, determinar en aquel instante cómo cumplió Villanova sus compromisos, no teniendo á la vista los documentos respectivos que obraban, con todos los demás de la Sociedad, en poder de la familia Villanova; pero á juzgar de lo que se desprendía de las certificaciones, las actas de las juntas de 14 y 17 de Febrero y 1.º de Junio de 1883, los actos de Villanova no se ajustaron á lo convenido en la escritura de 1880, porque en el balance por él formado, de que se dió cuenta en la primera de esas juntas, se fijaba en el pasivo la cantidad á que ascendia el de la Sociedad en 31 de Diciembre de 1882 y sus intereses al 15 por 100 durante todo ese año, lo cual implicaba el hecho, que también se desprendía de todo el contexto de la demanda, de que Villanova había satisfecho aquel pasivo, porque si no, carecía del otro para cargar intereses sobre su importe; y como, según la condición 4.ª de la escritura de 1880, no debía aplicar á ese objeto sino el remanente del producto total de las minas después de cubiertos todos los gastos para su explotación y beneficio, y esos gastos estaban sin cubrir, puesto que su importe se incluía en el balance, estaba demostrado que se apartó de lo convenido, procediendo en el asunto caprichosamente y como creyó convenir más á sus miras particulares; además de que tampoco se presentaba la carta de pago que debió otorgar D. Manuel Francisco Alvarez al ser reintegrado de su cuantioso crédito, no se indicaba la fecha del abono, ni las formalidades en que se hiciera, omisiones que, tratándose de cantidad tan importante, que, con los crecidos intereses que se le aumentaban, formaba la mayor parte de la reclamación actual, bastaban para considerarla injustificada y hacían inexcusable su desestimación; que para subsanar tal defecto se intentaba en la demanda sostener que el crédito en cuestión fué reconocido por la Sociedad en varias juntas, pero aun sin tener á su disposición los libros de actas, hacía notar desde luego que á las juntas de Febrero y Junio de 1883, y por consiguiente á sus acreedores, concurrieron D. Luis Villanova, hijo de D. José Jenaro; su sobrino y representante en aquellos momentos, Baena, y D. Francisco Méndez y Conde, dependiente de su casa; y aparte de la incapacidad relativa en que por estas circunstancias estaban para prestar un reconocimiento redundante en beneficio exclusivo de aquél, ninguno de ellos era, ni había sido después, partícipe en la propiedad de las minas, ni en la Sociedad que las explotaba; habiendo concurrido á esas juntas, como cesionarios del mismo D. José Jenaro, mediante cartas que ningún valor ni eficacia podían tener, tratándose de la transmisión de participaciones en el dominio de bienes inmuebles, para la que era indispensable escritura pública; adoleciendo, por lo tanto, el supuesto reconocimiento de vicio sustancial que lo anulaba, por haberle prestado personas que carecían de facultad para imponer semejante gravamen á los verdaderos interesados, quienes podían hoy rechazar su eficacia, exigiendo que se justificara debidamente el origen y exactitud de cualquiera crédito que se les reclamara; que esto mismo se desprendía de la conducta seguida en el asunto por el supuesto acreedor y por sus herederos los demandandantes; que revelaba su desconfianza en la procedencia y legitimidad del crédito, ó mejor dicho, su convencimiento

de su falta de toda acción y derecho para reclamarlo, pues si bien parecía que Villanova recordó particularmente algunas veces en las juntas por conducto de su sobrino Baena el pago, no llegó á formular reclamación seria, sin embargo de la importancia de la suma y de que el estado del negocio no era el más á propósito para inspirar confianza acerca de su solución favorable; y cuando á la muerte de aquél se formó su testamentaría, el crédito litigioso no se incluyó en el inventario del caudal relicto, ni fué objeto de división y adjudicación entre los herederos; lo que no se desvirtuaba por suponer que el crédito no había sido reconocido, lo cual, por las razones que extensamente expuso, era sólo un recurso ideado; recordó también el desistimiento de D. José Villanova de Campos y la carta del mismo; agregando que en igual actitud y disposición de ánimo estaba D. Luis Villanova, según las cartas que acompañaba, y el mismo camino era de esperar siguiera algún otro de los demandantes; resultando que á estas horas no sabía él con quién litigaba verdaderamente, ni hasta qué punto las distintas personas que lo demandaban mantenían su reclamación y estaban conformes en lo que en su apoyo se alegaba; siendo la demanda obra exclusiva de uno solo de los cinco interesados en la testamentaría de D. José Jenaro, que la había entablado sin autorización de los otros, y que ejercitaba un derecho colectivo, pidiendo la totalidad de lo que, en último caso, solamente le correspondería en una parte alícuota; que él no concurrió á las escrituras de 1877, 78 y 80, ni á las juntas en que se adoptaron los acuerdos generadores y preparatorios de esos contratos, y hasta la renuncia del último, hecha por Villanova en su carta de 27 de Octubre de 1882, había ya tenido lugar cuando él adquirió sus dos participaciónes en las minas por la escritura de 13 de Noviembre siguiente, en la que no se hizo mención de tales antecedentes, ni siquiera de la existencia de la Sociedad explotadora, y se expresó que las acciones ó participaciones se vendían libres de toda carga ó responsabilidad, según el vendedor López Sánchez las había adquirido también de González de Velasco, y según aparecía asimismo en el Registro de la propiedad; y que después se enteró de la existencia de la asociación, formada por sus condóminos y del estado aflictivo de la misma en las juntas á que concurrió, y hasta desempeñó el cargo de Tesorero; pero ni esto implicaba alteración en la índole y extensión de sus compromisos, ni la manifestación que hizo en alguna de aquellas juntas, contestando á la reclamación hecha por Baena en nombre de Villanova de que estaba dispuesto á pagar lo que le correspondiera, significaba otra cosa que una fórmula genérica natural en todo el que tenía costumbre de cumplir sus obligaciones, supuesto que éstas fuesen legítimas y exigibles:

Resultando que con este escrito presentó D. Lorenzo Alvarez Capra tres cartas dirigidas á D. Manuel María Alvarez, la primera en 20 de Noviembre de 1893 por D. Luis Villanova, diciendo devolverle, porque le parecía mejor se la remitiera directamente, la que aquél remitía á la madre del D. Luis, y de cuyo contenido decía que era muy discreto y además en armonía con lo que habían hablado y con los buenos propósitos de su madre; la segunda, del mismo al mismo en 24 de Enero de 1894, transmitiéndole otra de su hermano D. José, en que le manifestaba haber ordenado que se desistiera de la demanda puesta sin su autorización, y añadiendo por su parte que con esto quedaba solucionada la cuestión por lo referente á su hermano y por lo respectivo á él, pues estando en sus mismas condiciones, procedería como aquél, al menos en la parte que interesara á Alvarez; pero no había tenido ocasión de hablar con su madre para que se realizaran sus buenos propósitos en el mismo sentido,

y en tanto esto no se hiciese, faltaba resolver lo principal de la cuestión; y la otra carta, de José Villanova de Campos al mismo D. Manuel María Alvarez en 7 de Febrero siguiente, expresándole haber tenido la primera noticia de la demanda entablada por su hermano Paco con motivo de suplidos en la mina *El Pastor*, por carta de Moral, uno de los demandados, y como no podía consentir que se tomase su nombre sin su autorización, escribió al Procurador extrañando su conducta y ordenándole retirara la demanda; escribiéndole entonces su hermano pidiéndole autorización, que le negó, por lo que se había disgustado; pero él había quedado con D. Lorenzo, con Moral y con otros como debía, no teniendo D. Manuel nada que agradecerle, porque había hecho lo que debía:

Resultando que D. Antonio Pérez Osorio y D. Eugenio Alonso y Muñoz, por sí y como padre de los menores Doña Luisa y Doña Amparo Alonso y García, en concepto de herederos de Doña Engracia Pérez Cobo, á su vez heredera de D. Pedro González de Velasco, contestaron también á la demanda, exponiendo varios hechos, como resumen de los cuales negaron adeudar nada por concepto alguno á los actores, porque tratándose de un contrato que el causante de éstos aceptó bajo su exclusivo riesgo y ventura, los socios ó tenedores de las acciones de las minas no tenían por qué resultar obligados á reintegrar las cantidades por aquél desembolsadas, ni el reconocimiento hecho por la junta del pasivo existente contra la Sociedad tenía otro significado que el que se deducía de la misma escritura, ó fuese la suma de que Villanova debía reintegrarse con los productos de las minas y sólo con esos productos; á cuyo fin, y en previsión de que dentro del plazo estipulado en la escritura pudiese Villanova no haberse reintegrado el total pasivo que se liquidase, se le concedieron ventajas y facultades de todo género, incluso la de incautarse de las minas y laborear por su cuenta cualquiera de las cuatro:

Resultando que evacuado por los demandantes el traslado de réplica, reproduciendo sus alegaciones anteriores, Valle y Escribano, unidos á virtud del mandato del Juzgado, duplicaron, adicionando á lo consignado en sus contestaciones hechos y consideraciones análogas á las expuestas en iguales escritos de las otras partes respecto de haberse contratado en la escritura de 1880 de exclusivo riesgo de Villanova el laboreo de las minas, haciéndose cargo de todas las deudas y compromisos de la Sociedad para reintegrarse con sólo el producto de aquéllas, sin que para el caso de separarse voluntariamente del contrato se le reconociera ningún derecho; respecto también de que Villanova no cumplió el contrato, dejando de abonar los gastos que hiciera para la explotación y beneficio de las minas, toda vez que los incluyó en el balance presentado, ni se aducía á la carta de pago á Alvarez de su cuantioso crédito, ni aun se indicaba la fecha, ni las formalidades con que se realizara, siendo así que ese crédito, con sus grandes intereses acumulados, constituía la mayor parte de la reclamación actual, completamente injusta, y por tanto, de imposible estimación; sin que en ningún caso pudiera entenderse que esa justificación existía á los efectos de la demanda por la aprobación posterior del crédito, porque en ella no intervino Valle, y además era ilegal por la incapacidad relativa de los que suscribieron las actas en que constaba; y respecto igualmente de que las cartas presentadas por Alvarez Capra acreditaban que los demandantes no estaban conformes en el ejercicio de la acción base del pleito, y de consiguiente, la falta de personalidad de los mismos y su sinrazón y temeridad:

Resultando que Pérez Osorio y Alonso Muñoz adicionaron también al duplicar que González de Velasco falleció el 21 de Octubre de 1882, sin que antes de esa fecha Villanova hiciese reclamación alguna ni exis-

tiera acto posterior que determinara la obligación pretendida por los actores; y Alvarez Capra reprodujo sus alegaciones:

Resultando que sustanciado el pleito por los trámites legales de las dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia confirmatoria de 15 de Enero de 1898, absolvió á los demandados de la demanda interpuesta por Doña Dolores de la Cuadra y Carrascosa, D. Juan, D. Francisco y D. Luis Villanova de la Cuadra, como viuda y herederos de D. José Jenaro Villanova, con imposición á éstos de las costas de ambas instancias:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas, la viuda é hijos de D. José Jenaro Villanova han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, invocando los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, y alegando haberse infringido:

Primero. La ley 3.ª, tít. 10, Partida 5.ª, que después de señalar las maneras en que se puede hacer Compañía, manda que «todos los pleytos que pusieren entre sí, que sean guisados é derechos, sobre cada una de estas maneras de Compañía, valen é deven ser guardados en la guisa que los pusieren»; en el concepto de que por la absolución de los demandados se dejan sin valor ni guarda los pactos y convenios establecidos por los partícipes de las minas *El Pastor* y otras, no obstante reconocerse en el segundo considerando de la sentencia recurrida la existencia de una Sociedad civil particular para la explotación de una cosa poseída proindiviso; infracción que implica á su vez la del principio jurídico *pacta sunt servanda,* la de la ley del contrato, ley especial para los contratantes, proclamada y sancionada constantemente como doctrina legal por este Tribunal Supremo, y las sentencias del mismo de 13 de Abril de 1861, 25 de Febrero de 1869 y otras, que tienen declarado que el reglamento orgánico de una Sociedad establecida con un objeto determinado es la ley del contrato, y fija los derechos y los deberes mutuos de los asociados, porque mediante la absolución de la demanda han quedado sin valor ni cumplimiento lo establecido en la escritura de 5 de Julio de 1876, en el reglamento de dicha fecha, especialmente en su art. 45, y en los acuerdos de actas, y han sido desconocidos los derechos y los deberes mutuos de los asociados, rompiéndose y violándose los vínculos de la Asociación, cual si ésta no existiera, á pesar del reconocimiento de la misma contenido en el expresado considerando:

Segundo. La propia ley 3.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, que dispone que el reparto de pérdidas y ganancias ha de hacerse proporcionalmente, háyase así tratado ó háyase omitido estipularlo; la ley 7.ª de los mismos título y Partida, que al establecer «en qué manera deven ser partidas las ganancias é los menoscabos que fiziesen los compañeros», cuando éstos versen sobre cosa señalada manda «que entre sí deven ser comunales los daños é los menoscabos que las acaescieren á cada uno por su parte, según les alcanzare de las ganancias, fueras ende si los daños é los menoscabos acaescieren por culpa ó por engaño de alguno de sus compañeros»; y la ley 16 de dichos título y Partida, que establece «cómo las despensas é las deudas que alguno de los compañeros fiziere en pro de la Compañía las deve cobrar aquel que las fizo»; en el concepto de que por el fallo absolutorio de la demanda se releva á los socios propietarios de las minas de la obligación de abonar las pérdidas habidas con motivo de la explotación y laboreo de ellas, á excepción de D. José Jenaro Villanova, sobre quien se echa la carga de todas las pérdidas, daños y menoscabos, no obstante la falta de la excepción que establece la ley 16, y se niega á la vez á Villanova, y en su nombre á sus herederos, el derecho á reintegrarse de las expensas que por todos conceptos realizó

en pro de la Sociedad, de acuerdo con ésta, y por virtud de formal y solemne estipulación:

Tercero. La ley 2.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, con la que concuerda el artículo 1753 del Código civil, que ordena que el que recibe en préstamo dinero está obligado á devolver al acreedor otro tanto y en el plazo convenido; en el concepto de que por la absolución de la demanda se ha desatado la obligación en que se hallaban los socios propietarios de las minas *El Pastor* y otras de reintegrar las cantidades que á título de préstamo y por plazo determinado recibieron por virtud de las escrituras de 16 de Agosto de 1877, 3 de Marzo de 1878 y 4 de Marzo de 1880 para emplearlas en la explotación y laboreo de las minas; y se ha desconocido el derecho de los herederos de Villanova á percibir las expresadas sumas, importe de los préstamos y sus intereses, no obstante estar el plazo vencido y no haberse excepcionado el pago:

Cuarto. Error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 1218 del Código civil, que establece que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y que también hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto á las declaraciones que en ellos hayan hecho los primeros; en el concepto de que al absolver de la demanda, la Sala sentenciadora ha prescindido del contenido de las escrituras de 16 de Agosto de 1877, 3 de Marzo de 1878 y 4 de Marzo de 1880, suponiéndolas reveladoras de un contrato aleatorio ó de suerte; bajo cuyo sentido, y por aplicación indebida, ha infringido las disposiciones legales que regulan esta clase de contratos, y ha dejado de dar á dichas escrituras el alcance, sentido é interpretación que se deduce de sus palabras y de sus estipulaciones; cometiendo á la vez, bajo este concepto, la infracción de los arts. 1281, 1282 y 1284 del Código civil; habiendo infringido igualmente el art. 1225 del mismo Código, que ordena que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que le hubiesen suscrito y sus causahabientes; en el concepto de que, por la absolución de la demanda, prescinde la Sala sentenciadora del contenido de las actas y certificaciones obrantes en los autos, y se desconocen las obligaciones reconocidas por los mismos demandados, declarándolos libres de ellas, infringiendo á la vez el principio de que á nadie es lícito ir contra sus propios actos; habiendo, por último, la Sala sentenciadora, por lo que se refiere á la apreciación de la prueba, con el fallo que absuelve de la demanda á virtud de los considerandos en que se funda, cometido los siguientes errores de hecho que resultan de documentos y actos auténticos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador: primero, el de suponer que los contratos de préstamo de 1877 y 1878, como el celebrado con Don José Jenaro Villanova en 4 de Marzo de 1880, tuvieron siempre por base la explotación de las minas y por única garantía sus productos, sin otro derecho por parte del prestamista que el de incautarse de las minas y cobrarse con sus productos, afirmación que contradicen claramente las escrituras invocadas, especialmente en su condición 8.ª, las actas de las juntas generales de 13 de Septiembre de 1877, 16 de Febrero y 15 de Diciembre de 1878 y 8 y 18 de Febrero de 1880, reconocidas como legítimas por los demandados que las suscriben, pues de esos documentos y actos auténticos resulta que los préstamos pactados se hicieron á plazo fijo y á reintegrarse de los productos si los hubiese; pero obligándose los socios, de lo contrario, á devolver lo recibido, con más los intereses estipulados; segundo, el de suponer que por el contrato de 4 de Marzo de 1880 Villanova aceptó el laboreo de las minas por su cuenta y riesgo,

con el interés de 15 por 100 compuesto, y dándole costeadas el 10 por 100 de las participaciones sociales y á reintegrarse con todos los productos de los gastos y anticipos, sin que se contrajera otra obligación que la de pagar con los productos; afirmación que no concuerda con la escritura que se invoca, en la que, por el contrario, se consigna en su cláusula 10.ª con toda claridad la obligación de los socios de pagar el pasivo que resultara al terminar el contrato Villanova, afirmación que contradicen, á mayor abundamiento, los acuerdos, actos y palabras de los propios socios que constan en las actas reconocidas por ellos como legítimas, desde el otorgamiento de la escritura de 1880 hasta la última junta celebrada por la Sociedad en 8 de Septiembre de 1885, y en las dos certificaciones acompañadas con la demanda; tercero, el de suponer que no consta que Villanova pagase á D. Manuel Alvarez, ni que hiciese todos los gastos que alega; afirmación que contradicen las actas en que la Sociedad aprobó los balances, y los mismos antedichos certificados, expedidos con referencia á ellos, con intervención y autorización de los propios demandados; cuarto, el de suponer que ni Villanova mientras vivió reclamó el crédito, ni su testamentaría después; afirmación que igualmente contradicen las actas de la Sociedad, en las que aparecen las reclamaciones repetidísimas hechas por Baena á nombre de Villanova y de su testamentaría; y quinto, el de suponer que los demandados ni reconocieron el crédito, ni se obligaron á abonarle en ninguna de las juntas de la Sociedad; afirmación que pugna abiertamente con lo que resulta de cuantos actos, acuerdos y palabras resultan de las actas de juntas generales desde que Villanova dió por terminado su contrato hasta que la Sociedad dejó de reunirse; y

Quinto. Haberse infringido legalmente la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, en el sentido de que se ha aplicado indebidamente, calificando como litigantes temerarios á los demandantes, cuando por tratarse de una demanda sobre bienes heredados, en ningún caso podría ser procedente la condena en costas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que las infracciones alegadas en los tres primeros motivos del recurso carecen de fundamento, porque la Sala desestima los supuestos del recurrente de que Villanova hiciera el adelanto de los gastos como socio en beneficio del objeto social y al amparo de las relaciones jurídicas propias del contrato de sociedad, y de que él y D. Manuel Francisco Alvarez fueran prestamistas comunes, y establece, por el contrario, que los préstamos de Alvarez tuvieran como única garantía la explotación de las minas y sus productos, sin responsabilidad personal de los socios, y que el contrato que celebró Villanova fué á riesgo y ventura para reintegrarse exclusivamente con los productos de las minas; y en consecuencia, que son inaplicables al caso, y no han podido ser infringidas las leyes citadas en dichos motivos, relativas á las obligaciones de los socios entre sí y á las del mutuatario, con arreglo á los principios generales de los contratos de sociedad y de préstamo, y á lo que el recurrente supone haberse convenido por los demandados con Alvarez y con Villanova:

Considerando que la Sala no incurre en los errores de derecho y de hecho puntualizados en el motivo cuarto, porque no desconoce todo el valor probatorio de las escrituras y documentos privados en el mismo citados, y ateniéndose á su texto, y por consiguiente, sin error de hecho y conforme á las reglas de interpretación de los contratos, invocadas en el repetido motivo, determina la responsabilidad limitada á los productos de las minas, para que los préstamos de Alvarez y para los gastos

que hiciese Villanova, y declara que los socios demandados no contrajeran obligación personal de solventarlos en la generalidad de sus bienes:

Considerando que la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, relativa á la imposición de costas á los litigantes temerarios, que aun después de la ley de Enjuiciamiento civil se consideró vigente por su carácter sustantivo, ha sido derogada por la disposición final del Código civil, contenida en el art. 1976, y no puede aplicarse en los pleitos posteriores á la promulgación de dicho cuerpo legal, ni ser, por consiguiente, fundamento de casación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Dolores de la Cuadra, viuda de Villanova; D. Luis, D. Juan y D. Francisco Villanova de la Cuadra, en concepto de herederos de D. José Jenaro Villanova, á quienes condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolucion del apuntamiento y documentos que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Ricardo Gullón.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Garnica, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 14 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 63.—TRIBUNAL SUPREMO.—15 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de dictámenes periciales.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Fernando Polanco contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, en pleito con los herederos de D. Pedro Ruiz.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no se da el recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en juicios ejecutivos y en incidentes sobre nulidad de procedimientos, según repetidamente tiene declarado el Tribunal Supremo, en absoluta conformidad con los preceptos legales que regulan esta clase de recursos.

Resultando que pendiente en el Juzgado de primera instancia de Torrelavega, procedimiento ejecutivo, promovido por D. Pedro Ruiz Tagle y Guardamino, en el que por fallecimiento de éste compareció su heredera Doña Lucía de la Mora y Guardamino, y más tarde, con motivo de haber fallecido también la Doña Lucía, se mostraron parte los hijos y causahabientes de la misma, contra Doña Julia Navarro y Trujillo, en representación de sus hijos menores de edad, uno de ellos D. Fernando Polanco y Navarro, y contra otros más, dictada sentencia de remate, y hallándose los autos en la vía de apremio y en el estado de haberse verificado la tasación de los bienes embargados y anunciado su remate, formuló dicho D. Fernando Polanco y Navarro, que ya había llegado á la

mayor edad, incidente de previo pronunciamiento sobre nulidad de los dictámenes de los peritos que realizaron la enunciada tasación:

Resultando que tramitado dicho incidente, pronunció el Juzgado de Torrelavega auto desestimando la expresada pretensión del D. Fernando Polanco, de cuyo auto apeló éste, confirmándole la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por el que á su vez dictó en 21 de Octubre del año último:

Resultando que D. Fernando Polanco Navarro ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los motivos que ha estimado oportuno alegar, oponiéndose el Ministerio fiscal á su admisión.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña.

Considerando que no se da el recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en juicios ejecutivos y en incidentes sobre nulidad de procedimientos, según repetidamente tiene declarado este Tribunal Supremo, en absoluta conformidad con los preceptos legales que regulan esta clase de recursos:

Considerando, esto supuesto, que así por referirse la resolución recurrida á un incidente de nulidad de actuaciones, como por ser ejecutivo el juicio principal, es inadmisible el presente recurso;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. Fernando Polanco y Navarro; no se hace condena de costas, mediante no habèr comparecido en este Tribunal Supremo parte recurrida; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Burgos, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido, y publíquese el presente auto según previene la ley.

Madrid 15 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica. =Diego Montero de Espinosa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 64.—TRIBUNAL SUPREMO.—15 de Febrero, pub. el 13 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Andrés Coderch contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. José Ortíz.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que procede estimar prescrita la acción para reclamar el pago de salarios cuando hubieren transcurrido tres años desde la fecha en que pudo ejercitarse:

Que no cabe conceptuar interrumpida la prescripción por las reclamaciones judiciales, dirigidas contra persona distinta del deudor, puesto que el Código no admite otra forma de interrupción, según el art. 1973, que presupone la reconvención hecha al deudor mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de esta capital y la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Andrés Coderch y Manán, cesante, de esta vecindad, contra D. José Ortiz y Jover, como albacea testamentario de D. Nicolás Gibernau, y después contra la heredera de éste, Doña Irene Coderch y Manán, asistida de su marido D. Juan Alsina y Rosell, labrador, vecino de San Vicente de Llevaneras sobre pago

de cantidad; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Andrés Coderch, representado por el Procurador D. Francisco Sánchez Morayta y defendido por el Licenciado D. José Sánchez Solá; estándolo la parte recurrida por el Procurador D. Pedro Gauna García y el Licenciado D. Emilio Martínez Tudela:

Resultando que previa la declaración de pobreza solicitada para litigar contra D. José Ortiz y Jover, como albacea de D. Nicolás Gibernau, formuló D. Andrés Coderch y Manán, con fecha 25 de Abril de 1893, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que fué repartida al Juzgado del distrito de Palacio, con la pretensión de que se declarase que le pertenecían y podía percibir 500 pesetas, con más los intereses del 6 por 100 á fin del año, por la obligación que á su favor tenía constituída su tío D. Nicolás Gibernau, y asimismo las mesadas que como dependiente del establecimiento ortopédico en que vivió tenía devengadas, cantidades todas existentes en la caja de dicho establecimiento, por cuanto ninguna le había sido entregada; y en su consecuencia, se condenara al albacea testamentario de Gibernau á pagarlas, con más intereses y costas causadas y que se causasen:

Resultando que el prenombrado D. Andrés Coderch expuso como hechos, á fin de apoyar la mencionada solicitud: que D. Nicolás Gibernau, el 1.º de Enero de 1887, suscribió un documento, que se acompañaba á la demanda, en el que literalmente se expresa: «Habiendo pasado el tiempo reglamentario que mi sobrino D. Andrés Coderch ha terminado el servicio obligatorio de los cuatro años que un quinto sirve en el Ejército, y que por sorteo le tocó ser recluta disponible; habiéndole prometido pagarle un sustituto si le hubiera tocado la desgracia de caer soldado, cuyo valor era de 6.000 reales; habiéndole por escrito prometido darle aquella cantidad, sustraídos los gastos que hiciera en su casa con su buena conducta, por todo lo que gastara que no fuese la comida, vengo, á principios del año 1887, á revocar el contrato, si á las condiciones siguientes se conforma y desea permanecer como dependiente del establecimiento: 1.ª, que sirva este contrato ó convenio firmado por duplicado tan sólo para el año 1887; 2.ª, quedan á su favor en la caja de la casa 2.000 reales, 500 pesetas, como cantidad líquida de su haber de los 6.000 reales que como por vía de sustituto le ofrecí si salía bien de la quinta; 3.ª, si quisiere que se le den las 500 pesetas, las cobrará en el acto; si las deja depositadas, obtendrá el premio ó rédito de 6 por 100 al fin del año; 4.ª, siguiendo con buena conducta, economizando todo lo que se pueda en los gastos del establecimiento ganará 750 pesetas al año que transcurre; 5.ª, si se hace acreedor á mayor sueldo por el interés que se tome en las cosas de la casa ganará mayor sueldo el año que viene; 6.ª, si al contrario, si abandona, mira con indiferencia el negocio de la casa, pierde todo derecho á la paga, sólo puede exigir lo que tenga depositado en la caja; 7.ª, los gastos de vestir corren de su cuenta.= Obligaciones del dependiente: 1.ª, todos los años debe entregar, antes del 6 de Enero, un inventario ó liquidación de los géneros existentes en el establecimiento; 2.ª llevar en el libro diario, todo bien especificado, las entradas y salidas; 3.ª, como la correspondencia de la casa es apenas insignificante, debe llevarla también; 4.ª, al fin del mes presentará una nota del movimiento que ha habido; 5.ª, atender sin rodeos á todo lo que sea anejo al establecimiento para ayuda de las costureras y demás operarios, etc., etc.; 6.ª, tener también anotados en los géneros su valor con letras algebraicas ó con cifras vaciadas; este trabajo debe ser preciso para que se entienda bien; 7.ª, el descuido de alguno de los anteriores artículos será no cumplir con su obligación y objeto de reprensión»:

Resultando que añadió en la demanda el D. Andrés Coderch: haber cumplido estrictamente con todas sus obligaciones, cual lo demostraba que el propio D. Nicolás Gibernau extendió y firmó una nota el año siguiente 1888 en el mismo cuaderno donde se hallaba el anteriormente relacionado contrato, por la que hizo constar que el haber de su sobrino ascendía entonces á 500 pesetas, por lo ofrecido por el sorteo de las quintas; 30 por réditos al 6 por 100, y 750 por el sueldo como dependiente, lo que hacía un total de 1.280 pesetas en el que no se hallaban incluídos los gastos que hubiera podido tener para calzado y vestido; haber continuado desempeñando el cargo de dependiente hasta el año 91, con igual sueldo, sin retirar de la casa las cantidades anteriormente expresadas, ni las que iba devengando, aunque estas últimas no se consignaron en documento alguno; haber fallecido D. Nicolás Gibernau á principios del citado año 1891, siguiendo el actor en la misma situación por encargo del testamentario D. José Ortiz, con la retribución de 30 pesetas mensuales; y deducirse de lo expuesto el derecho del demandante á percibir 500 pesetas y su salario como dependiente; y citó los arts. 1113, núm. 1.º; 1170 y 1108, y la cuarta de las disposiciones transitorias del Código civil; el 292 del de Comercio, y la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Resultando que el Juzgado mandó se celebrase acto de conciliación, por lo que el demandante presentó certificación de haberlo intentado sin avenencia el 8 de Mayo de aquel año 1893, y personado en autos el demandado, promovió incidente, alegando las excepciones de su falta de personalidad y defecto legal en el modo de proponer la demanda, en el que este Tribunal Supremo, el 6 de Diciembre de 1895, dictó sentencia, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el auto de lo Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte que apreció las excepciones alegadas:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado, é intentado otro acto de conciliación con Doña Irene Coderch, después de sustanciarse nuevo incidente de pobreza del demandante, se mandó que aquélla, como heredera de D. Nicolás Gibernau, contestase á la demanda de D. Andrés Coderch, lo cual verificó, con la súplica de que se declarase que adolecía de defecto legal en el modo de proponerla, y en todo caso, se la absolviera é impusiera las costas á la parte actora; á cuyo efecto alegó: no ser cierto que Gibernau debiera nada á Coderch, pues tenía la costumbre de pagar puntualmente á sus dependientes, y si algo le hubiera debido, lo hubiese reclamado éste en las distintas ocasiones en que le despidió; no ser cierto que el salario que ganaba fuese de 75 pesetas, pues en tal caso no se hubiera conformado á ganar después de la muerte de aquél 30 pesetas mensuales, no haber reclamado nada cuando le entregaron los efectos que le legó Gibernau; ser inverosímil y probar la mala fe del demandante, aun en el supuesto de la autenticidad que se negaba del referido contrato, el que durante seis años no se dedujera cantidad alguna por vestido y calzado; haber continuado después de muerto Gibernau como dependiente en el establecimiento que había sido de éste, percibiendo puntualmente su salario de 30 pesetas mensuales, sin que hiciese más reclamación que la de los objetos que le legó Gibernau; y haber demandado de conciliación á Doña Irene Coderch para pago de cantidades que el actor decía deberle por servicios prestados como dependiente, mientras que contenía otras reclamaciones la demanda, la que se la obligaba á contestar, á pesar de estar dirigida contra D. Francisco Ortiz; é invocó entre los fundamentos legales el principio de que al actor toca probar su demanda; los arts. 524 y 533, núm. 6.º de la ley

de Enjuiciamiento, y 1156, 1214, 1249, 1253, 1281 y 1967 del Código civil; las leyes 1.ª, 2.ª, 11, 12 y 26, tít. 10, de la Partida 5.ª, y 10, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación; y las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1869 y 26 de Septiembre del 71; y acompañó á su escrito, entre otros documentos, dos recibos, firmados por Don Andrés Coderch y dos testigos el 23 de Diciembre de 1893 y 26 de Enero de 1894:

Resultando que las partes reprodujeron en los escritos de réplica y dúplica las alegaciones y pretensiones que tenían consignadas en la demanda y contestación; y recibido el pleito á prueba á instancia del actor, absolvió posiciones Doña Irene Coderch, declarando: que la Doña Irene y el D. Andrés Coderch vivieron con su tío Gibernau hasta que éste falleció, no separándose el D. Andrés de la demandada hasta el 4 de Diciembre de 1892; y que Coderch llevaba los libros de la casa comercio; y asimismo, á instancia de la parte actora, se puso testimonio con referencia á unos autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso por D. Andrés Coderch en reclamación de un legado que le dejó su tío D. Nicolás Gibernau; y á peticion de la demandada, que utilizó también la prueba de confesión en juicio, reconoció el actor como de su puño y letra varios asientos de un cuaderno, correspondientes al tiempo comprendido desde el 31 de Diciembre de 1891 á Octubre del 92, entre los cuales figuraban algunos de 30 pesetas mensuales para el D. Andrés:

Resultando que seguida la tramitación del pleito, el Juzgado, para mejor proveer, acordó el reconocimiento pericial de las firmas que aparecían en el cuaderno acompañado con la demanda, declarando el perito designado al efecto por insaculación, que cotejadas dichas firmas y rúbricas con otras indubitadas, entendía que todas estaban trazadas por la misma mano; dictando sentencia el predicho Juzgado, por la que declaró haber lugar á la demanda, y en su consecuencia, condenó á Doña Irene Coderch y Manán á pagar al demandante la cantidad de 500 pesetas, é intereses al 6 por 100 anual desde 1.º de Enero de 1887 hasta su completo abono; el importe de los sueldos correspondientes á los años 1887, 88, 89, 90 y 91, á razón de 750 pesetas cada uno de ellos, sin intereses, y además el de 1892, á razón de 30 pesetas por mes, deduciendo de estas sumas lo que el demandante hubiera gastado en vestido y calzado en el año citado últimamente, á cuyo efecto se formaría una liquidación encabezada con la relación que hiciera el demandante en el período de ejecución de sentencia, y sería comprobada por los trámites establecidos por la ley; y apelada dicha sentencia por Doña Irene Coderch, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, el 9 de Abril de 1898, dictó otra revocándola y absolviendo á aquélla de la demanda, sin hacer expresa condena de costas de ninguna instancia:

Resultando que D. Andrés Coderch y Manán ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto, á más de otro que le ha sido admitido, los siguientes motivos:

Primero. Los artículos 1967, núm. 3.º, y 1969 del Código civil, en relación con el 943 del de Comercio, por haberse aplicado, puesto que no se puede invocar la prescripción de los salarios, correspondientes al año 1892, ajustados y aceptados por el albacea de Gibernau, única persona que tenía capacidad legal para ello, y á quien se reclamaron dentro del año en que dejaron de prestarse, sin que pudiera satisfacerlos por haber cesado en dicho cargo; aparte de que desde que los autos estuvieron en condiciones de dirigir la demanda contra la heredera de Gi-

bernau no mediaron más que días; y siendo precepto legal el de que estimada alguna de las excepciones dilatorias se subsanará en los mismos autos, no se pudo llevar á efeeto el nuevo aplazamiento hasta que volvieron al Juzgado, por lo que no puede computarse el tiempo invertido en dicho trámite; y

Segundo (tercero del recurso). Haberse infringido igualmente los artículos 1091, 1170 y 1278 del Código civil, por no haberse aplicado, pues tienen que reconocerse las obligaciones, cuyo cumplimiento se perseguía.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique de Illana:

Considerando que, según estima el Tribunal sentenciador, desde 1.º del año 1892 pudo ejercitar el recurrente su acción contra los demandados, sin que respecto á esta apreciación se alegue infracción alguna en el recurso interpuesto por la representación de D. Andrés Coderch; y que esto supuesto, habiendo transcurrido más de tres años desde la expresada fecha hasta que dirigió su acción contra la persona obligada al pago de las cantidades reclamadas, es evidente que no se han cometido las infracciones alegadas en el motivo primero, no pudiendo conceptuarse interrumpida la prescripción por las reclamaciones judiciales dirigidas contra distinta persona, puesto que el Código no admite esta forma de interrupción, según el art. 1973, que presupone la reconvención hecha al mismo deudor:

Considerando que estimada la excepción de prescripción, es claro que no han podido ser infringidas consiguientemente las disposiciones legales que se invocan en el segundo motivo, porque para ello sería preciso que estuviera viva la obligación reclamada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Andrés Coderch y Manán, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la oportuna certificación, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Aldecoa, Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de ella.

Madrid 15 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 65.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 Febrero, pub. el 14 Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Pago de pesetas.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Josefa de Manzanedo contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Santiago Aristoy.

En sus considerandos se establece:

Que las participaciones que suelen dar los comerciantes á sus factores ó dependientes en los productos de sus empresas mercantiles,

ó de alguna determinada, no constituyen donación en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que antes bien obedecen á un móvil interesado, cual es el de recabar por el estímulo de la ganancia una cooperación más activa é inteligente que la que humanamente puede esperarse de la retribución fija, no acompañada de futuras aunque aleatorias ventajas:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 10, tít. 12, libro 3.° del Fuero Real; 4.ª y 6.ª, tít. 4.°, Partida 5.ª, y los artículos 618, 623, 629, 632, 635, 1583 y 1711 del Código civil:

Que los contratos onerosos son fuente de obligaciones exigibles.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta corte y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este territorio por demanda de D. Santiago Aristoy y Soria, hoy su albacea testamentario D. Manuel Benedicto Paricio, Farmacéutico, y D. Federico Jiménez Nicanor, propietario, ambos vecinos de esta capital, contra Doña Josefa de Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo, sobre pago de pesetas y liquidación de cuentas; pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la demandada Doña Josefa de Manzanedo, representada por el Procurador D. Fidel Serrano y defendida por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos; estándolo la otra parte por el Procurador D. Fidel Górriz y León y por el Doctor D. Francisco Lastres:

Resultando que en los libros de las oficinas de la casa del primer Marqués de Manzanedo, Duque de Santoña, así como en los balances anuales de dicha casa, figuraba, según testimonio relativo á autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta corte por D. Federico Luque con la Duquesa viuda de Santoña y la Marquesa de Manzanedo, sobre liquidación y pago de cantidades, una cuenta á nombre de D. Joaquín García de la Viesca, empleado que fué en las citadas oficinas, y con posterioridad su viuda, á favor de la que el balance de 31 de Diciembre de 1874 arrojaba un saldo de 318.124 reales 57 céntimos, y seguía una liquidación de intereses correspondientes á los partícipes en el negocio de cesión del ferrocarril de León á Gijón, en la que aparecía á favor de Doña Francisca García, por los suyos hasta la liquidación de la Compañía, 13.390 reales 47 céntimos, y resultando de la cuenta correspondiente á D. Joaquín García de la Viesca desde el año 1852 al 1867 un haber de 315.446 reales 13 céntimos:

Resultando que D. Joaquín García de la Viesca falleció el día 9 de Marzo de 1867, bajo testamento otorgado en 3 de Mayo de 1860, en que instituyó por su única y universal heredera á su esposa Doña Francisca García López, á cuya instancia y la de sus testamentarios se previno el juicio voluntario de testamentaría, figurando entre los bienes allí inventariados 5.549 escudos 458 milésimas en cuenta corriente en casa del Marqués de Manzanedo, de cuya cantidad, deducidos algunos gastos, se adjudicaron á la viuda 4.115 escudos 58 milésimas, y por auto de 17 de Diciembre del mismo año 67 fueron aprobadas las particiones, en cuyo cuerpo de bienes se hizo constar que no se incluía en él la representación de 25.903 escudos 155 milésimas con que por vía de gratificación quiso el Marqués de Manzanedo bonificar voluntariamente á García de la Viesca, porque esto corría las mismas eventualidades que el todo de la obligación, que era de muy difícil cobro, haciéndose constar que si algo se realizara se consideraría como aumento del caudal inventariado para

los efectos de la partición, y correspondería á Doña Fráncisca como heredera universal:

Resultando que D. Juan Manuel Manzanedo, Duque de Santoña, falleció en 19 de Agosto de 1882, bajo testamento otorgado en 6 de Mayo de 1860, y en el que instituyó heredera á su hija Doña Josefa Manzanedo é Intentas, cuya testamentaría terminó por laudo de amigables componedores de fecha 6 de Septiembre de 1891, en el cual laudo se reconoció como existente la deuda de 79.531 pesetas 14 céntimos á favor de García de la Viesca, acreditada por fallecimiento de éste á su viuda Doña Francisca García López, siendo incluída tal deuda en la hijuela que para pago de deudas se formó á la heredera; apareciendo en un testimonio relativo á la partición de bienes que á su fallecimiento dejó el Marqués de Manzanedo, reconocido á favor de la citada Doña Francisca García López un crédito de 79.531 pesetas 14 céntimos, por su participación en el negocio del Noroeste, de cuyo pago, como de otras deudas, se encargó la Marquesa de Manzanedo, á la que se adjudicaron los bienes necesarios al efecto:

Resultando que Doña Francisca García López falleció en esta corte el 12 de Marzo de 1892, bajo testamento otorgado en 22 de Julio de 1882, en el que instituyó por sus herederos á su esposo D. Santiago Aristoy y á D. Federico Jiménez Nicanor, por iguales partes, en cuya última disposición especificó el componente de su capital, sin que entre ellos constase la participación en el negocio del Noroeste, constando en testimonio relativo á los datos obrantes en la Administración de Hacienda de esta provincia que en el inventario de bienes de la testamentaría de dicha Doña Francisca García López, presentado para satisfacer el impuesto de derechos reales, no figuraba el mencionado crédito de 79.531 pesetas 14 céntimos:

Resultando que D. Santiago Aristory y D. Federico Jiménez formularon en 10 de Julio de 1897 la demanda origen de estos autos, y alegaron: que D. Joaquín García de la Viesca fué amigo y uno de los empleados más activos é inteligentes que tuvo el Marqués de Manzanedo, al desarrollo de cuya fortuna aquél cooperó; que muerto la Viesca, continuó el Marqués dispensando igual consideración á su viuda Doña Francisca García López, á la que reconoció derechos, y á cuyo favor abrió en el libro Mayor de su casa cuenta corriente por la participación en el negocio del Noroeste, en la que aparecía un saldo á favor de la misma de 318.124 reales 57 céntimos; que en laudo de amigables componedores, por el cual terminó la testamentaría del Duque de Santoña, constaba la hijuela de deudas formada á su heredera la Marquesa de Manzanedo, y entre los acreedores figuraba Doña Francisca García López como partícipe en el negocio del Noroeste por 79.531 pesetas con 14 céntimos, adjudicándose á la heredera el capital necesario para el pago de todas las deudas; que además de dicha cantidad, tenía derecho Doña Francisca á que se liquidase su crédito del Noroeste y se le abonase el saldo resultante, con independencia del capital mencionado; y que practicadas varias gestiones para conseguir el pago del crédito, nada se había logrado por los demandantes, por lo que pedían se condenase á la Marquesa de Manzanedo á pagar las 79.531 pesetas 14 céntimos que arrojaba el saldo reconocido á favor de Doña Francisca García López, con más los intereses legales de esa suma desde el día 6 de Septiembre de 1891 hasta la completa solvencia del crédito mencionado, y además á practicar y presentar la liquidación definitiva de la cuenta corriente abierta á Doña Francisca por su participación en el negocio del Noroeste, y abonar la

cantidad de que resultase deudora, con más los intereses de dicha suma desde el día en que se aprobase, con imposición de las costas:

Resultando que la Marquesa de Manzanedo contestó la demanda, y expuso: que D. Joaquín García de la Viesca, empleado en casa del Duque de Santoña, cobró con puntualidad y largueza el salario ó retribución de sus servicios; que concesionario el referido Duque del ferrocarril de León á Gijón, y habiendo hecho con notable beneficio la transferencia de la concesión á Miranda é hijo y á D. José Ruiz de Quevedo, tuvo á bien hacer á su dependiente D. Joaquín García de la Viesca donación de la suma de 79.531 pesetas 14 céntimos; que en el testamento otorgado por el Duque de Santoña declaró que había hecho algunas donaciones á varios parientes y extraños, las cuales debían ser respetadas, y las que no, acrecieran los gananciales de sus respectivos matrimonios; que en el laudo de amigables componedores por que terminó la testamentaría, se reconoció como existente la deuda de las expresadas 79.531 pesetas 14 céntimos donadas á Viesca, y acreditadas por fallecimiento de éste á su viuda, incluyéndose tal deuda en la hijuela que para pago de ésta se formó á la heredera del Duque de Santoña; y se declaró además que su viuda, legataria del quinto, y la heredera, harían suyos, en la proporción de seis décimas por ciento ésta y cuatro décimas por ciento aquélla, los nuevos bienes, créditos ó valores que apareciesen pertenecientes á la herencia, y responderían en igual proporción de las reclamaciones que contra la misma se hicieran efectivas; que no constaba que Viesca ni Doña Francisca aceptasen la donación expresada, sino que, antes al contrario, resultaba que entre los bienes que la segunda declaró tener no aparecía semejante donación ni crédito; y que no obstante no haber reclamado Doña Francisca del Duque ni de la demandada el pago del crédito, los actores, como herederos de aquélla, deducían la demanda; por lo que, después de hacer la manifestación de no aceptar ninguno de los hechos de la demanda en cuanto no se conformasen con los por ella expuestos, pidió se la absolviese de la misma, con imposición á los actores de perpetuo silencio y costas:

Resultando que en la réplica dió por reproducidas el actor sus pretensiones y los hechos de la demanda, y expuso además: que negaba que Doña Francisca hubiese abandonado ni renunciado ningún crédito existente á su favor, pues, por el contrario, instituyó herederos universales de cuanto pudiera corresponderle á los demandantes, y aunque se distribuyeron los bienes que obraban en poder de los contadores, quedó íntegro á los herederos la facultad de hacer efectivos todos los derechos y acciones de la testadora; que la suma reclamada no era producto de donación, sino saldo de cuenta corriente abierta á la viuda de la Viesca y no liquidada aún; y que el pago de dicho saldo se había gestionado antes del juicio:

Resultando que la parte demandada mantuvo en la dúplica lo solicitado al contestar la demanda, y adicionó á los hechos por ella expuestos: que la demandada no había reconocido, porque no le constaba, la existencia de la cuenta corriente indicada en la demanda; y que no aceptaba los hechos de la réplica en cuanto contradijeran los que dejaba sentados:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicó documental y testifical; y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 8 de Enero de 1898, confirmatoria, con las costas de la segunda á la parte apelante, de la del inferior, por la que condenó á Doña Josefa Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo, á pagar dentro del término de quinto día, desde que quedase firme esta sentencia, á los demandantes D. Santiago Aristoy

y Soria y D. Federico Jiménez Nicanor, como herederos de Doña Francisca García López, la cantidad de 79.531 pesetas con 14 céntimos, y los intereses de dicha suma á razón del 6 por 100 anual desde 8 de Julio de 1896, fecha del acto de conciliación, y luego que se acreditase por los mismos haber satisfecho el impuesto de derechos reales á la Hacienda que por el concepto de herederos de la misma debían satisfacer; declaró así bien no haber lugar á practicar la liquidación definitiva de la cuenta corriente abierta á la citada Doña Francisca García López por su participación en el negocio del Noroeste, ni al abono de cantidad alguna por tal concepto, de cuyo particular absolvió á la demandada:

Resultando que Doña Josefa Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal contra el anterior fallo, fundándose en los párrafos 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por estimar que á su juicio existen los siguientes motivos de casación:

Primero. Error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta del testimonio de división y adjudicación de bienes de D. Joaquín García de la Viesca, en el que consta una advertencia que dice: «No se incluye en el cuerpo de bienes la representación de 25.903 escudos y 155 milésimas con que por vía de gratificación quiso bonificar voluntariamente Manzanedo á la Viesca, porque éste corre las mismas eventualidades que el todo de la obligación, que es de muy difícil cobro, según la opinión del Sr. Manzanedo»; al condenar el Tribunal sentenciador al recurrente al pago de las 79.531 pesetas 14 céntimos, por considerar esta cantidad como remuneración de un contrato de aparcería, mandato ó arrendamiento de servicios, siendo así que el documento relacionado demuestra claramente que se trata, no de un contrato oneroso, sino de un acto de pura liberalidad ejecutado por Manzanedo de un modo voluntario para gratificar á la Viesca:

Segundo. Infracción de los arts. 1583 y 1711 del Código civil, porque el expresado saldo no es el precio de un arrendamiento de servicios ó aparcería, ni la remuneración de un mandato, como se afirma en la sentencia, pues no consta en autos, ni siquiera se ha alegado por la parte demandante que el saldo tuviese por origen una obligación de carácter exigible al Duque por parte de García de la Viesca, sino que, por el contrario, en la demanda se afirmó como hecho capital que, fallecido Viesca, continuó el Duque de Santoña prestando su benevolencia á la viuda de aquél, reconociendo á su favor el saldo en cuestión, que la interesada calificó de acto de gratificación voluntaria; y la sentencia recurrida condena al recurrente al abono de dicho saldo, siendo inconcuso que D. Joaquín García fué dependiente con sueldo del Duque de Santoña, y que este le concedió una participación en el negocio del Noroeste, que no consistía en un beneficio realizado:

Tercero. Infracción del art. 635 del Código civil, que prohibe la donación de bienes futuros, y con mayor razón de los que tienen un carácter contingente; toda vez que se condena al recurrente á satisfacer el saldo de 79.531 pesetas 14 céntimos, siendo así que se trata de una donación de bienes futuros y contingentes, ya que la liquidación no era un crédito ó cantidad liquidada que había de realizarse de Miranda y Ruiz de Quevedo, y sin embargo de reconocer la misma Sala sentenciadora en uno de los considerandos de la sentencia recurrida que de calificarse dicho saldo como donación hecha por el Duque de Santoña no sería valida, con arreglo al mismo artículo que se cita como infringido; y

Cuarto. Infracción de las leyes 10, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real; las leyes 4.ª y 6.ª, tít. 4.º de la Partida 5.ª, y la doctrina legal consig-

nada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 1864 y 5 de Marzo de 1870, así como los arts 618, 623, 629 y 632 del Código civil, cuyas disposiciones exigen la aceptación del donatario para la validez de la donación; porque la sentencia recurrida condena á la recurrente á satisfacer á los actores el citado saldo de 79.531 pesetas 14 céntimos, siendo así que la repetida participación y saldo consiguiente fué una verdadera donación, no aceptada por García de la Viesca ni por sus herederos hasta la celebración del acto de conciliación, en cuya época había ya cambiado la voluntad de la parte donante; pues la recurrente, como heredera de éste, se negó entonces á mantener, y por consiguiente á realizar su donación; de donde se desprende que ha faltado siempre la concurrencia simultánea de las voluntades de ambas partes, y en todo caso la aceptación en tiempo hábil por parte del donatario.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que las participaciones que suelen dar los comerciantes á sus factores ó dependientes en los productos de sus empresas mercantiles, ó de alguna determinada, como la que concedió el Duque de Santoña en los del negocio del ferrocarril del Noroeste á su tenedor de libros D. Joaquín García de la Viesca, no constituyen donación en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que antes bien obedecen á un móvil interesado, cual es el de recabar por el estímulo de la ganancia una cooperación más activa é inteligente que la que humanamente puede èsperarse de la retribución fija, no acompañada de futuras aunque aleatorias ventajas:

Considerando que otorgada por el Duque la participación de que se ha hecho mérito á García de la Viesca, á quien abonó en cuenta corriente, y después del fallecimiento de éste á su viuda, la parte que les correspondía en las utilidades que se iban obteniendo, hasta alcanzar la suma de 79.531 pesetas y 14 céntimos, no puede excusarse la recurrente, como sucesora de aquél á título universal, de abonar á los recurridos el saldo que por tal concepto resulta en favor de sus causantes, tanto menos cuanto que el laudo arbitral dictado para dar solución á las cuestiones que surgieron con motivo de la testamentaría del Duque le impuso la obligación de pagarlo con los bienes que se le adjudicaron al efecto, por no tratarse aquí de una donación ineficaz en derecho, sino de un contrato oneroso, que es fuente de obligaciones exigibles:

Considerando que la declaración ó advertencia consignada en la escritura de división y adjudicación de los bienes de D. Joaquín García de la Viesca, en la que se expresó que no se incluía en el cuerpo de hacienda la cantidad con que por vía de gratificación quiso Manzanedo bonificar voluntariamente á Viesca, por correr las mismas eventualidades que el todo de la obligación, no arguye que fuera acto de pura liberalidad el realizado por Manzanedo, porque la participación pudo ser ofrecida por éste espontáneamente y con la mira que se manifiesta, sin perder por ello el carácter de suplemento eventual de remuneración por los servicios prestados y por los que esperaba recibir en adelante; por donde, al no calificar la Sala sentenciadora de donación el referido acto, no incurre en el error de hecho que se alega en el motivo primero del recurso, haciéndole derivar de aquella escritura, ni infringe las leyes y doctrina de la jurisprudencia que se invocan en los restantes, bajo el supuesto inadmisible de que fueran aplicables al caso las normas jurídicas de la donación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Josefa de Manzanedo é Intentas, Marquesa de Manzanedo, á quien condenamos

al pago de las costas, y á la pérdida del depósito constituído, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.= Joaquín Gonzalez de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 16 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 66.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 de Febrero, pub. el 14 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesos.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Miguel García contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, en pleito con el Obispo de la diócesis.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que no infringe los arts. 1091, 1258, 1709, 1710 y 1711 del Código civil, la sentencia que parte del supuesto inconcuso de que son remunerables y no gratuitos los trabajos profesionales que hicieren los Abogados por encargo de sus clientes:

Que no es de estimar la infracción de los arts. 1232 y 1235 del Código civil, en relación con el 564 y el 579 de la ley procesal, por el fallo que se atiene al resultado de la confesión de una de las partes:

Que no infringe los arts. 1218 del Código civil, en relación con el 595 de la ley de Enjuiciamiento, la sentencia que no desconoce el valor de los documentos públicos:

Que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones ha de contarse, por regla general, desde el día en que pudieron ejercitarse, y que la excepción de esta regla, contenida en el párrafo final del art. 1967 del Código civil, se refiere, según el literal contexto de este precepto legal recta y naturalmente entendido, á los tres párrafos que inmediatamente le preceden, y no á los tres primeros del citado artículo.

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 1967 y 1969 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de primera instancia del distrito de Belén de la Habana y la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio por D. José Miguel García López, Abogado, vecino de aquella capital, contra D. Manuel Santander y Frutos, Obispo de la diócesis, sobre pago de pesos; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el demandante, representado por el Procurador D. Felipe Górriz y León y defendido por el Letrado D. Francisco Lastres; estándolo la parte recurrida por el

Procurador D. Joaquín Díaz Pérez y el Licenciado D. Agustín Aleixandre:

Resultando que después de intentar, sin avenencia, el 25 de Febrero de 1896 el acto conciliatorio, D. José Miguel García López, en 27 de Mayo siguiente, presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de primera instancia del distrito de Belén de la Habana, con la pretensión de que se condenase al Obispo de aquella diócesis, D. Manuel Santander y Frutos, á pagarle la suma de 68.333 pesos 33 centavos oro, en concepto de honorarios devengados por servicios y trabajos profesionales prestados durante tres años y cinco meses, ó bien la cantidad que á juicio de peritos debiera ser satisfecha á aquél, teniendo presente la calificación del demandante en el gremio en el indicado período los servicios prestados y trabajos realizados, y el hecho de haberlos practicado fuera de su bufete, en horas ordinarias y extraordinarias, con abandono absoluto de aquél, más los intereses legales de demora y las costas:

Resultando que en apoyo de su pretensión, alegó sustancialmente D. José Miguel García: haber asistido al Palacio episcopal siempre que le habían llamado el Obispo ó el Gobernador eclesiásco, Sede plena, de día ó de noche, para consultas ó conferencias propias de su profesión de Abogado, durante tres años y cinco meses, desde Febrero de 1890 á Junio del 93, en cuyo tiempo había estado ocupado además, por encargo de aquél, en examinar los asientos de 104 libros de la antigua Anotaduría de hipotecas y 450 tomos de moderno Registro, á fin de sacar una relación exacta y detallada de los censos ó derechos reales pertenecientes á las capellanías, fábricas de iglesias, obras pías y demás bienes eclesiásticos, para conseguir que quedasen debidamente inscritos á favor del Obispo, habiéndose dedicado á ello, de acuerdo con el Obispo y Registrador, todos los días, incluso los feriados, desde las siete de la mañana hasta las cinco de la tarde, gracias á lo cual pudo venirse en conocimiento del capital eclesiástico anotado en los mencionados libros, ascendente á unos 10 millones de pesos, consiguiendo el demandante se inscribieran dichos bienes en el moderno Registro de la propiedad, y que el Registrador entregara personalmente ó por mandatario las oportunas certificaciones que así lo acreditaban al Obispo de la Habana, que le satisfizo su importe; haber tenido necesidad de abandonar los demás trabajos de su bufete para poder dedicarse al asiduo, minucioso y prolijo que queda mencionado; haber necesitado examinar también los Archivos general de la isla de Cuba y de la Administración principal de Hacienda de la provincia de la Habana para sacar los antecedentes precisos relacionados con los bienes de regulares, y escribir una Memoria recopilando aquéllos y las disposiciones legales sobre la materia, para entablar una demanda contencioso-administrativa contra una Real orden del Ministerio de Ultramar de 22 de Noviembre de 1892, cuya revocación se obtuvo, reintegrándose el Obispo de muchos millones de pesos de que tal disposición le había despojado; y haber pretendido inútilmente se le abonaran los 68.333 pesos 33 centavos, importe de los honorarios devengados en dichos trabajos, pues á ello se había negado el Obispo de la Habana:

Resultando que con la mencionada demanda presentó el D. José Miguel García un oficio, extendido en papel con el timbre «Obispado de la Habana», comisionándole para que pidiera al Registrador de la propiedad de aquella ciudad que transcribiera é inscribiera en los libros corrientes todas las imposiciones de censos ó gravámenes á favor de la fábrica y culto de las iglesias á nombre del Obispo, abonando las costas

y derechos de Hacienda y Registro cuando se hicieran efectivos los cobros de los réditos de dichos capitales; y una certificación del Registrador de la propiedad de la Habana, fechada el 16 de Mayo de 1896, con referencia al libro Diario, haciendo constar que D. Luis Santa María, como mandatario de D. José Miguel García, Abogado Director de la Administración de la Real Casa de San Juan Nepomuceno de Recogidas, solicitó en Mayo de 1890 la traslación á los libros del moderno Registro de los asientos antiguos de diferentes censos; y que D. José Miguel García, en Enero del 91, como Abogado consultor del Seminario de San Carlos y San Ambrosio, y en Febrero y Abril siguientes, Junio del 92 y Abril y Mayo del 93, como mandatario del Obispo de la diócesis, solicitó varias inscripciones y traslado de otras:

Resultando que D. Manuel Santander y Frutos, Obispo de la Habana, se opuso á la demanda, alegando al efecto: no constarle si los Gobernadores eclesiásticos habían conferenciado alguna vez con el demandante, á quien el demandado había recibido en algunas ocasiones, por pura cortesía, cuando iba á visitarle, ó quiso verle para darle cuenta del estado de los asuntos judiciales de la Casa de Recogidas que tenía á su cargo; ser cierto que había encargado á García López que pidiera el traslado á los libros del moderno Registro de los censos y gravámenes impuestos á favor de la fábrica y culto de las iglesias de la diócesis, quedando limitadas las facultades del demandante á lo expresamente consignado en el oficio acompañado á la demanda, sin que todo ello necesitara el trabajo que en aquélla se indicaba; no haber realizado el Don José Miguel García gestión alguna en el término de seis años, á contar de Febrero de 1890, para obtener la retribución que apreciaba justa por sus trabajos; y estimar injusta la reclamación del demandante, pues García López debió dirigirse en todo caso contra los Administradores del Seminario de San Carlos y de San Ambrosio y contra la Casa de Recogidas y demás Institutos eclesiásticos á quienes pertenecieron los bienes y rentas espirituales objeto de cada agencia; alegó las excepciones de falta de acción y de prescripción, y solicitó se declarase no haber lugar á la demanda, con expresa imposición de costas al actor; acompañando á su escrito un tomo encuadernado de certificaciones expedidas por el Registrador de la propiedad:

Resultando que las partes insistieron en cuanto tenían expuesto al evacuar los traslados de réplica y dúplica, y se recibió el pleito á prueba, practicándose la testifical, el cotejo de la certificación del Registrador acompañada á la demanda, y la de absolución de posiciones por el Obispo de la Habana, quien expresó, entre otros particulares, conocer al Licenciado D. José Miguel García, pero no por haberlo nombrado Abogado consultor del Colegio Seminario; ser cierto que la Hacienda embargó las casas números 1, 3, 5 y 7 de la calle O'Reilly, cuyo embargo se levantó por orden de la Superioridad, en vista de los escritos presentados por el Licenciado García López á las Autoridades administrativas y gubernativas, lo cual no hizo porque se lo hubiera encargado el declarante, sino por agradecimiento á una transacción celebrada, por la que había percibido 33.000 pesos; ser cierto que para aquellas gestiones no se le suministró á García López dato ni antecedente alguno, pues sólo se le autorizó para que los buscara en los Archivos general de la isla de Cuba y de la Administración principal de Hacienda de la provincia, á cuyo efecto le entregó una tarjeta de recomendación para el Gobernador general y el Director de Hacienda, con el que celebró varias conferencias, hallándose presente en una de ellas el dicente; ser cierto que fué revocada la Real orden de 22 de Noviembre de 1892, pero no por las ges-

tiones de García López; no ser cierto recomendara á éste los trabajos de traslado ó inscripción de todos los censos y bienes eclesiásticos que se hallaren vigentes en los antiguos libros de la Anotaduría de hipotecas, pues si intervino fué por haberse ofrecido á hacerlo gratuitamente, por agradecimiento; ser cierto que el Registrador le entregaba las certificaciones de los traslados ó inscripciones de los censos eclesiásticos á medida que se verificaban, ignorando si tales certificaciones tenían ó no validez, pero asesorado por Letrados competentes, que opinaron no la tenían, las hizo sacar de nuevo; haber encargado á los Administradores de los bienes eclesiásticos los traslados de censos de los antiguos á los modernos libros del Registro, pero no como ratificación ni rectificación de los trabajos que decía haber hecho García López; y ser suya una carta que se le puso de manifiesto, fechada en Madrid en 30 de Noviembre de 1893, dirigida á D. José Miguel García López, en la que trataba de un asunto pendiente de resolución en el Consejo de Estado, y decía además le agradecía mucho lo que trabajaba por arreglar «esos asuntos tan complicados como importantes»:

Resultando que también como medio de prueba, á instancia del actor, informó por mayoría la Junta de gobierno del Colegio de Abogados de la Habana, en el sentido de que era justo y equitativo apreciar en 68.333 pesos 33 centavos en oro los trabajos que se mencionaban en la demanda, cualquiera que fuese la clasificación que el Letrado que lo realizase mereciera en los repartos gremiales; haciendo constar el Decano del Colegio su voto en contra de tal dictamen, porque no existiendo datos bastantes en el testimonio remitido para apreciar los trabajos que verificó García López, y no concretándose las consultas y conferencias que se decían celebradas, carecía de los elementos necesarios para dar su voto; y tres Letrados emitieron dictamen pericial, expresando: que respecto á los honorarios que debían asignarse á García López por sus trabajos, partiendo de la base de que fuesen ciertos, resultasen comprobados y se hubieran ejecutado en las condiciones expresadas en la demanda, creían que equitativamente y en términos de justicia podían señalarse 25 pesos diarios durante tres años y cinco meses, ó sean mil doscientos cuarenta y seis días, lo que importaba 31.150 pesos en oro:

Resultando que seguido el pleito por los demás trámites de dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, en 11 de Octubre de 1897, dictó sentencia, no conforme de toda conformidad con la del Juzgado, por la que se desestima la demanda, sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que D. José Miguel García López ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. Los arts. 1091, 1258, 1709 y 1710 del Codigo civil; pues la sentencia absuelve al Obispo de la Habana y le exime de cumplir por su parte las obligaciones inherentes al convenio de mandato que celebró con D. José Miguel García López y que éste cumplió, según acreditan documentos y actos auténticos, encargo que no puede menos de ser retribuído, con arreglo al segundo párrafo del art. 1711 del Código civil, puesto que el García López, como Abogado, recibió el encargo que desempeñó, y precisamente por ser Letrado pudo prestar los servicios profesionales que el Colegio de la Habana y los peritos, examinados oportunamente, calificaron y graduaron:

Segundo. Los arts. 1232 y 1235 del Código civil, en relación con el 579 de la ley de Enjuiciamiento; pues el fallo de la Audiencia, incu-

rriendo en el error de hecho y derecho que determinan las sentencias de este Supremo Tribunal de 10 de Enero y 9 de Marzo de 1894, absuelve de la demanda al Obispo de la Habana, á pesar de que éste había confesado bajo juramento que era cierto había encargado á García López trabajos necesarios para investigar en los antiguos libros de la Contaduría de hipotecas de la Habana y en los modernos del Registro de la propiedad los bienes pertenecientes á las iglesias y fundaciones de la diócesis; que por las gestiones y razonados escritos de García López se logró se levantaran los embargos que la Hacienda pública causó sobre las casas números 1, 3, 5 y 7 de la calle de O'Reilly; y que García López celebró muchas conferencias con el Director general de Hacienda de la isla de Cuba, á una de las cuales asistió el Obispo:

Tercero. Los mismos textos legales invocados, relativos á la confesión, en relación con el art. 564 de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico; en cuanto no es posible que el fallo deje de estimar probado lo reconocido por el Obispo al contestar á la demanda, pues en dicho escrito afirma el encargo que dió á García López de pedir se trasladaran á los modernos libros del Registro los censos y gravámenes impuestos á favor de la fábrica y cultos de las iglesias de la diócesis, trabajos para los cuales claro está que tuvo García López que practicar muchas diligencias de investigación y activas gestiones en el Registro, que son las acreditadas en el certificado del Registro de la propiedad de la Habana, y en las declaraciones que prestaron dicho funcionario y el que le reemplazó:

Cuarto. El art. 1218 del Código civil, en relación con el párrafo tercero del art. 595 de la ley de Enjuiciamiento; pues la sentencia incurre en error de hecho y de derecho al desconocer el contenido y fuerza probatoria de la certificación expedida por el Registrador de la propiedad de la Habana en 16 de Mayo de 1896, cotejada oportunamente, certificación de la cual aparece que por gestiones de García López, unas veces por sí y otras por su pariente Santa María, y siempre con el carácter de mandatario del Obispo de la Habana, solicitó diversas inscripciones y transcripciones de muchos asientos relativos á capellanías y otros derechos reales de las iglesias de la diócesis, detalladas en la certificación de referencia; desconociendo igualmente la sentencia recurrida el alcance y fuerza probatoria de la comunicación de 24 de Marzo de 1893, acompañada con la demanda suscrita por el Prelado de la Habana, á quien no puede negarse su carácter de funcionario público, y por lo mismo está comprendido el documento en el caso 3.º del art. 595 de la ley procesal; comunicación en la que consta el encargo dado á García López para que pidiera la transcripción é inscripción en los modernos libros del Regisgistro de los censos y gravámenes que figurasen en los antiguos libros á favor de las iglesias de la diócesis; y

Quinto. El párrafo último del art. 1967 del Código civil, dejado de aplicar por la sentencia, mientras invoca con error é infracción del artículo 1969; pues el fallo recurrido declara prescrita la acción de García López para reclamar el pago de sus honorarios, por suponer transcurridos tres años, á pesar de que en documento auténtico consta que los servicios no dejaron de prestarse hasta Junio de 1893, ó Mayo según la certificación del Registro; y claro está que habiéndose incoado la reclamación judicial en 25 de Febrero de 1896, era evidente que no habían transcurrido los tres años para la prescripción desde que dejaron de prestarse los servicios.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que no se han infringido los preceptos del Código civil

citados en el motivo primero del recurso; puesto que para resolver las cuestiones controvertidas en el pleito parte el fallo recurrido del supuesto inconcuso de que son remunerables y no gratuitos los trabajos profesionales que hicieren los Abogados por encargo de sus clientes:

Considerando que ni al contestar la demanda, ni al evacuar posiciones en el pleito, ha reconocido el Obispo de la Habana haber encargado al Abogado D. José Miguel García López los trabajos necesarios para investigar en los antiguos libros de la Contaduría de hipotecas y en los modernos del Registro de la propiedad los bienes pertenecientes á las iglesias y fundaciones de la diócesis, apareciendo, por el contrario, negado tal encargo en ambos actos; afirmándose además categóricamente en la contestación á la demanda, con referencia á la sumisión que por escrito dió el Prelado á García López, que le comisionó tan sólo para pedir al Registrador la transcripción de los censos ó gravámenes pertenecientes á las fábricas y al culto de las iglesias, lo cual ciertamente no le autorizaba para hacer investigaciones costosas y de éxito dudoso por cuenta y á cargo de su comitente; siguiéndose de ello que el fallo recurrido, en cuanto no concede al mandato la extensión que le da el recurrente, no comete el error de hecho, con infracción de ley, que sobre este punto se alega en los motivos segundo y tercero del recurso:

Considerando que para la resolución de las cuestiones controvertidas en el pleito, y por lo mismo para la decisión del presente recurso, carece por entero de eficacia el hecho de haber defendido García López los derechos de la Iglesia en el expediente administrativo, donde se embargaron unas casas de la calle O'Reilly; porque la demanda no se refiere al abono de los honorarios que devengara por sus gestiones personales en las oficinas y archivos públicos y por los escritos que formulara en dicho asunto, sino á los que supone haber devengado por consultas evacuadas oralmente, por trabajos de investigación en las oficinas del Registro para obtener las transcripciones, y por trabajos también de investigación en los archivos públicos para redactar una Memoria sobre bienes de regulares; de suerte que el fallo recurrido no infringe las leyes relativas al valor probatorio de la confesión, por el mero hecho de haber prescindido de cuanto se refiere al asunto de las casas de la calle de O'Reilly, que aparece probado por reconocimiento del demandado:

Considerando que no se ha desconocido el valor probatorio de los dos documentos citados en el motivo cuarto del recurso; porque fundándose la demanda, en cuanto se refiere al abono de honorarios por trabajos realizados en el Registro de la propiedad, en el hecho complejo de que por encargo del Prelado y para pedir la inscripción de los derechos de la Iglesia practicó el demandante una detenida investigación en los centenares de libros antiguos y modernos pertenecientes al Registro, ocupándose en ello muchas horas diarias durante tres años, debió el actor probar el mandato y la realidad de los trabajos para que la reclamación de honorarios pudiera estimarse justificada; y los documentos citados no demuestran que al estimarla injustificada se haya cometido error alguno de derecho ni de hecho, pues el primero de esos documentos en orden de fecha, ó sea la comunicación del Prelado, demuestra que autorizó al recurrente, según antes se ha dicho, tan sólo para pedir la transcripción de los derechos establecidos en favor de la Iglesia, no para investigar su existencia; y el segundo documento, ó sea la certificación expedida por el Registrador de la propiedad, á su vez demuestra el hecho de habérsele pedido las inscripciones que en ella se enumeran, no los trabajos de investigación, ni en su conjunto, ni menos con la suficiente y necesaria determinación para que, caso de ser debida por ellos alguna

remuneración, pudiera ser apreciado en primer término por el juicio de peritos, y en último término, por el Tribunal sentenciador:

Considerando que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones ha de contarse, por regla general, desde el día en que pudieron ejercitarse, y que la excepción de esta regla, contenida en el párrafo final del art. 1967 del Código civil, se refiere, según el literal contexto de este precepto legal recta y naturalmente entendido, á los tres párrafos que inmediatamente le preceden, y no á los tres primeros del citado artículo, como sostiene el recurrente, dejando así excluído el cuarto párrafo, que es precisamente el anterior más inmediato; siendo, en su consecuencia, manifiesto que no comete el fallo recurrido la infracción alegada en el quinto motivo del recurso; pues aplica debidamente la regla general en cuanto estima que en todo caso habría prescrito la acción para reclamar el abono de honorarios por trabajos ejecutados con anterioridad á los tres años precedentes al acto conciliatorio celebrado para la incoacción de este pleito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Miguel García López, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese la correspondiente certificación, que se pasará, con la comunicación oportuna, al Sr. Presidente de este Tribunal á los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* de esta corte é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, expidiéndose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 16 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 67.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 de Febrero, pub. el 14 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tercería de mejor derecho.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Amalia Cabellos contra el dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Don Joaquín Infanzón.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que es inadmisible el recurso interpuesto contra resoluciones que no tienen el concepto de definitivas que para ser impugnadas en casación exigen el núm. 1.º del art. 1690 y el 3.º del 1729 de la ley procesal.

Resultando que promovida tercería de mejor derecho por D. Joaquín Infanzón y Garayburu contra Doña Amalia Cabellos y Verdugo y Don Gonzalo Gómez Balboa, y decidida la competencia suscitada á favor del Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta corte, ante éste manifestaron los expresados tres litigantes haber transigido sus diferencias bajo la base de que la Doña Amalia Cabellos y el D. Joaquín Infanzón, después de entregar 5.000 pesetas á D. Gonzalo Gómez Balboa,

percibirían cada uno la mitad líquida de un depósito de efectos públicos por 50.000 pesetas nominales, constituído en el Banco de España, sobre el cual versaba la tercería deducida por Infanzón:

Resultando que para llevar á efecto esta transacción solicitó Doña Amalia Cabellos se extrajese del Banco de España el aludido depósito, y á este fin, y entre otras diligencias, se requiriera para la entrega del correspondiente resguardo á D. Eduardo Castillo y Piñeiro, en cuyo poder se hallaba, como albacea de Doña Adela Balboa, tía del D. Gonzalo Gómez, y que hizo á éste el legado de que procedía el depósito en cuestión:

Resultando que acordado así y requerido D. Eduardo Castillo, se opuso á la entrega del resguardo de referencia respecto del capital del depósito, por oponerse á ello una cláusula de reversión contenida en el testamento de Doña Adela Balboa, manifestando hallarse pronto á dar desde luego su consentimiento para la entrega de todos los intereses:

Resultando que Doña Amalia Cabellos presentó escrito con fecha 21 de Abril de 1898, en el cual, reservándose discutir acerca de la entrega del resguardo de depósito en el Banco de España de los efectos públicos que constituían el legado hecho á D. Gonzalo Gómez, al efecto de percibir el capital del mismo, solicitó se requiriese de nuevo al Castillo para que entregara en la Escribanía el aludido resguardo, á fin de que por éste se reclamaran y cobrasen los intereses del mencionado depósito, resolviendo el Juzgado en providencia de 25 de dicho mes de Abril no haber lugar á ello, no dando lugar tampoco á la reposición solicitada en auto de 16 de Mayo siguiente; é interpuesta apelación por la Doña Amalia, y tramitada la alzada, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte, en otro auto de 26 de Septiembre, confirmó el apelado, con las costas de segunda instancia á la apelante:

Resultando que Doña Amalia Cabellos ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los casos 1.º y 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero. Infracción del art. 675 del Código civil, puesto que invocándose como único fundamento del auto recurrido el testamento de Doña Adela Balboa, y siendo evidente la voluntad de ésta de legar algo á su sobrino, aun llevando la interpretación de tal testamento al mayor grado de perjuicio del legatario, no es posible negar á éste el derecho á los intereses del capital legado, y hasta esto, que lo reconoce el mismo albacea, se niega en dicho auto, resultando así evidenciada la infracción del citado artículo:

Segundo. Error de hecho en la apreciación de documento auténtico, cual es el testimonio del testamento de Doña Adela Balboa, pues habiendo la misma consignado en su disposición que las cantidades legadas se depositaran en el Banco de España para entregarlas á los legatarios al llegar á los treinta años, se supone, por el contrario, en el auto contra que se recurre, que en ninguno han de entregarse aquéllos; y

Tercero. Error también de hecho al apreciar el auto recurrido, que al decretarse la entrega de los intereses del legado correspondiente á Don Gonzalo Gómez, se obligaría al albacea á torcer la voluntad de la testadora, siendo así que dicho albacea estaba dispuesto á entregar en el Juzgado tales intereses:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que limitándose el auto recurrido á denegar, por la razón que consigna, el requerimiento al albacea D. Eduardo Castillo para

la entrega en la Escribanía, según expresamente solicitó Doña Amalia Cabellos, del resguardo del depósito intransmisible constituído en el Banco de España, es indudable que en manera alguna impide que en la forma procedente se ejercite en los mismos autos ó en otro juicio el derecho á percibir los intereses del legado; por lo cual la resolución dictada no tiene el concepto de definitiva que para que pudiera impugnarse en casación exigen el núm. 1.º del art. 1690 y el 3.º del 1729 de la ley procesal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Amalia Cabellos y Verdugo, sin hacer imposición de costas, por no haber comparecido en este Tribunal las otras partes litigantes; líbrese á la Audiencia territorial de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 16 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 68.—TRIBUNAL SUPREMO.—16 de Febrero, pub. el 14 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Indemnización de daños y perjuicios.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Florencio Gil contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Jerónimo Larrea.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la apreciación de las pruebas por la Sala sentenciadora sólo puede combatirse en casación, demostrando, con arreglo al art. 1692, caso 7.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, que hay error de hecho patentizado por documento ó acto auténtico, ó error de derecho por infracción de ley:

Que la prescripción del art. 652 de la ley procesal no determina cosa alguna relativamente al valor probatorio de las declaraciones testificales, y únicamente concede al Juez facultad de pedir á los testigos, á instancia de parte ó por sí mismo, las declaraciones que considere oportunas; que el art. 659 atribuye al racional criterio de los Jueces la apreciación de la prueba testifical; y por consiguiente, tales artículos, que son los que facultan al Juez y á la Sala sentenciadora para proceder y resolver discrecionalmente, no pueden invocarse para demostrar error de derecho:

Que son improcedente los motivos del recurso que parten de supuestos de hecho contrarios á los establecidos por la Sala sentenciadora sin que éstos sean válidamente impugnados;

Que los recursos que se refieren á la apreciación de las pruebas y no están comprendidos en el núm. 7.º del art. 1692 deben desestimarse en tramite de admisión.

Resultando que D. Florencio Gil Martínez, como padre del niño Francisco Gil Porres, dedujo en 10 de Julio de 1894 demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de primera instancia de Burgos contra D. Jerónimo Larrea, sobre indemnización de daños y perjuicios sufridos por el expresado niño Francisco Gil en la fábrica y talle-

res de serrar maderas que el último tenía establecida en el barrio de San Pedro de dicha ciudad de Burgos:

Resultando que sustanciado el pleito por los tramites correspondientes á dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia del indicado territorio dictó sentencia en 19 de Octubre de 1898, confirmando, con las costas de la segunda instancia á la parte apelante, la del Juzgado, que declaró que el demandante D. Florencio Gil no ha probado cual debía su acción y demanda, y que, por el contrario, el demandado, D. Jerónimo del Campo, lo ha hecho bien y cumplidamente de sus excepciones y defensas, y en su consecuencia, le absolvió de la demanda contra él interpuesta, sin hacer especial imposición de costas de primera instancia:

Resultando que D. Florentino Gil Martínez ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los casos 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las siguientes infracciones:

Primera. La del art. 1902 del Código civil, en cuanto consta que al cuidado de la máquina había un operario que ni evitó que el niño Gil bajara al foso, ni paró dicha máquina al ver el riesgo que corría el perjudicado:

Segunda. La del art. 652 de la ley procesal, en el concepto de que el Juzgado no aclaró la discrepancia que existe en las declaraciones de dos testigos acerca del número de personas que había en el foso cuando ocurrió el suceso:

Tercera. La del mismo art. 652, en cuanto el propio Juzgado también aclaró las contradicciones en que incurrió el testigo Anselmo Ruiz al declarar en estos autos y al hacerlo en la causa criminal instruída á raíz del suceso; y

Cuarta. La del art. 659 de la misma ley de Enjuiciamiento civil, pues al no poner en claro el Tribunal sentenciador las contradicciones antes mencionadas, no puede hacer aplicación verdadera del artículo citado:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la apreciación de las pruebas por la Sala sentenciadora sólo puede combatirse en casación, demostrando, con arreglo al art. 1692, caso 7.°, de la ley de Enjuiciamiento civil, que hay error de hecho patentizado por documento ó acto auténtico, ó error de derecho por infracción de ley:

Considerando que la prescripción del art. 652, invocada en los motivos segundo y tercero, no determina cosa alguna relativamente al valor probatorio de las declaraciones testificales, y únicamente concede al Juez facultad de pedir á los testigos, á instancia de parte ó por sí mismo, las aclaraciones que considere oportunas; y que el art. 659, invocado en el motivo cuarto, atribuye al racional criterio de los Jueces la apreciación de la prueba testifical; y por consiguiente, que tales artículos, que son los que facultan al Juez y á la Sala sentenciadora á proceder y resolver discrecionalmente, no pueden invocarse para demostrar error de derecho:

Considerando que en el motivo primero se parte de un supuesto de hecho contrario á los establecidos por la Sala, sin que éstos se impugnen válidamente en dicho motivo ni en los sucesivos, según queda expuesto:

Considerando que los recursos que se refieren á la apreciación de las

pruebas y no están comprendidos en el núm. 7.° del citado art. 1692, deben desestimarse en trámite de admisión;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Florencio Gil Martínez, como padre del menor Francisco Gil, sin hacer especial imposición de costas por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte litigante; líbrese á la Audiencia territorial de Burgos la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 16 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero deEspinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Enrique de Illana y Mier.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 69.—GRACIA Y JUSTICIA.—16 de Febrero, pub. el 19 de Marzo.

Resolución de la Dirección general de los Registros confirmando la negativa del Registrador de la propiedad de Igualada á inscribir ciertos bienes.

En sus considerandos se establece:

Que con arreglo á la Constitución única, tít. 30, libro 1.°, volumen 1.° de las de Cataluña; los párrafos de la Instituta de Justiniano, 9.°, título De pupillari substitutioni, *11, título* De fideicomisarios hereditatibus, *y 1.°, título* De singulis rebus per fideicomisum relictis; *y las leyes del Digesto, 114, párrafo 14 del título* De legatis, *I; 88, párrafo 16 del título* De legatis, *II; 5.ª, párrafo 1.°, y 38, párrafo 3.°, título* De legatis, *III; 36, título* De conditionibus et demostrationibus; *57, párrafo 2.°, y 78, párrafo 1.° del título* Ad Senatum Consultum Trebellianum, *la nota esencial y característica de toda sustitución fideicomisaria consiste en la condición impuesta de una manera explícita ó implícita al heredero instituído en primer lugar, de conservar los bienes para transmitirlos á la persona que, á falta de éste, ha de suceder al causante, llegado el término ó realizado el suceso previsto por el mismo:*

Que el llamamiento hecho por el testador á los hijos de su heredero, guardando orden de primogenitura para el caso de faltar este último, no revela que aquél tuviera el propósito de imponerle la aludida condición, si al fijar este orden sólo se propuso establecer una regla que sirviese de criterio para determinar las personas, que en concepto de tales hijos, una después de otra, y no todas á la vez, debían sucederle en todos sus bienes; la cual regla no es exclusiva de la sustitución fideicomisaria, sino que puede tener perfecta aplicación á la sustitución vulgar.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo promovido por Doña Teresa Valls y Poch contra la negativa del Registrador de Igualada á inscribir ciertos bienes, pendiente en este Centro en virtud de apelación de la recurrente:

Resultando que D. Antonio Valls y Almirall falleció en la villa de Pobla de Claramunt el día 24 de Julio de 1818, bajo testamento que otorgó ante el Doctor D. Jaime Gallart, Cura párroco de dicha villa, á 11 de los mismos mes y año, siendo protocolizado por el Notario Don Francisco Raures á 26 de Septiembre de 1865, por el cual testamento, despues de disponer ciertos legados, ordenó la cláusula hereditaria que,

copiada literalmente, dice así: «De los otros empero bienes míos muebles é inmuebles habidos y por haber aquí y en cualquier parte del mundo, dejo, señalo é instituyo por mi heredero universal á Antonio Valls y Vallés, hijo común á mí y á mi carisíma consorte, y á sus hijos, y faltando éstos y mi hijo, sustituyo á dicha mi hija María Rosa y sus hijos, siempre guardando orden de primogenitura, y *faltando todos éstos,* sea y prevenga la heredera á quien de derecho le corresponda, según lo dispuesto por mis pasados»; formalizando el nombrado D. Antonio Valls y Vallés, en el concepto de heredero, inventario de los bienes dejados por su padre mediante escritura de 9 de Noviembre de 1865, autorizada por el expresado Notario é inscrita en el Registro de la propiedad con el testamento de su referencia:

Resultando que fallecido D. Antonio Valls y Vallés en la villa antes mencionada el día 15 de Diciembre de 1895, su hija Teresa Valls y Poch, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula hereditaria antes relacionada, en concepto de heredera fideicomisaria de su abuelo D. Antonio Valls, y como hija primogénita de su padre D. Antonio Valls y Vallés, según se acreditó en el expediente para perpetua memoria á su solicitud instruído, y aprobado por auto de 20 de Marzo de 1896, otorgó escritura de inventario de los bienes y derechos relictos por fallecimiento de su padre, procedentes de su abuelo, ante D. Plácido Llucià y Mas en 9 de Junio de 1896:

Resultando que presentada en el Registro de la propiedad la expresada escritura de inventario, fué puesta al pie de la misma la siguiente nota: «No admitida la inscripción del título que precede, porque no existiendo el pretendido fideicomiso en la sucesión de que se trata, y sí sólo una sustitución vulgar, se halla el defecto de no acreditar la interesada Teresa Valls y Poch, mediante documento fehaciente, que es heredera de su padre Antonio Valls y Vallés, á cuyo favor resultan inscritas las fincas en plena propiedad como heredero del suyo Antonio Valls y Almirall, sin limitación ni restricción de ninguna clase; y por haber transcurrido treinta días hábiles desde la presentación sin que se haya subsanado dicho defecto»:

Resultando que Doña Teresa Valls y Poch interpuso recurso gubernativo contra la expresada calificación, en solicitud de que se ordene al Registrador la práctica de la inscripción solicitada, alegando á este efecto lo siguiente: que en el testamento relacionado se llama directamente á la sucesión al hijo Antonio Valls y Vallés y á sus hijos, y para el caso de faltar éstos, se establece la sustitución de María Rosa y sus hijos, todos por orden de primogenitura; y que la sustitución vulgar consiste en el llamamiento hecho para el caso de que el instituído no sea heredero, y en la cláusula hereditaria no hay tal condición, debiendo los hijos, según el orden instituído, entrar en la posesión de los bienes, haya ó no haya sido heredero su padre:

Resultando que, oído el Registrador de la propiedad, insistió en su calificación, é informó: que de la expresada institución hereditaria resulta con toda claridad que el testador constituyó una sustitución vulgar, y en este sentido lo comprendió el nombrado en primer término, D. Antonio Valls y Vallés, formalizando el inventario de todos los bienes que pertenecían á su padre, los cuales inscribió en el Registro en pleno dominio y sin restricción ni condición alguna, tal como la de reservar los bienes para que pasaran á su fallecimiento á otro heredero ó la de encargar que se entregaran á persona determinada, que es lo que constituye el fideicomiso expreso; que como consecuencia de lo expuesto, el nombrado Antonio Valls y Vallés, en concepto de dueño absoluto de

todos los bienes de su padre, dispuso de ellos libremente, enajenando é hipotecando varias fincas, y otorgó testamento, que no se ha presentado en el Registro, en Igualada el 6 de Junio de 1891, ante D. Antonio Costa, bajo el que falleció, y en el concepto de tal dueño absoluto instituyó heredera á su hija Prudencia Valls, con la obligación de cumplir á su costa cuanto el testador disponía en favor de su esposa; que en el relacionado testamento de D. Antonio Valls y Almirall no se constituye un fideicomiso expreso, en cuanto que nada dice el testador, ni tampoco tácito, porque para ser tal tendría que reunir «con arreglo á las leyes del Digesto, 14, 1.° Delegat. XXX, 17 *De fideicomisis hœred.*, III, 23 y 17 pro. Dig.», alguna de las circunstancias exigidas por dichas leyes; que en caso de duda, la presunción es á favor de la sustitución vulgar, según la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1859, y los llamamientos á la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos, según prescriben los arts. 783 y 785, núm. 1.°, del Código civil; que Doña Teresa Valls, que solicita inscribir dichos bienes á su favor, no acredita en forma su cualidad de heredera de su padre, porque no acompaña al inventario documento alguno fehaciente que justifique dicha cualidad, como testamento del causante, declaración de heredera abintestato ó capítulos matrimoniales con donación ó heredamiento preventivo, según establece el art. 21 de la ley Hipotecaria, Real orden de 5 de Septiembre de 1867, y Resoluciones de este Centro de 24 de Agosto y 28 de Octubre de 1863, 11 de Febrero y 5 de Diciembre de 1864, 30 de Diciembre de 1874, 18 de Marzo, 12 de Mayo, 15 de Junio y 15 de Octubre de 1875 y 31 de Mayo de 1879:

Resultando que el Juez Delegado confirmó la nota recurrida, fundándose para ello en que, bien sea vulgar ó bien fideicomisaria la sustitución de que se trata, es lo cierto que si los bienes están inscritos en plena propiedad á favor del repetido D. Antonio Valls y Vallés, es imposible inscribirlos á nombre de la recurrente, sin que acredite que es heredera de aquél, conforme á los artículos 21 de la ley Hipotecaria y 20 de su Reglamento:

Resultando que el Presidente de la Audiencia, en virtud de apelación de la recurrente, confirmó el auto apelado y la nota denegatoria, aceptando los fundamentos de la expresada resolución por ser justos y arreglados á derecho.

Vistos la Constitución única, tít. 30, libro 1.°, vol. 1.° de la Colección titulada *Constitucions y altres drets de Catalunya:*

Vistos los párrafos de la Instituta de Justiniano, 9.°, título *De pupillari substitioni;* 11, tít. *De fideicomisarios hereditatibus*, y 1.°, título *De singulis rebus per fideicomisum relictis:*

Vistos las leyes del *Digesto*, 114, párrafo 14, del título *De legatis*, I; 88, párrafo 16 del título *De Legatis* II; 5.ª, párrafo 1.°, y 38, párrafo 3.°, título *De legatis*, III; 36, título *De conditionibus et demostrationibus;* 57, párrafo 2.°, y 78, párrafo 1.° del título *Ad Senatum Consultum Trebellianum*:

Visto el art. 20 de la ley Hipotecaria:

Considerando que Doña Teresa Valls y Poch pretende que se inscriban á su nombre los bienes raíces y derechos reales inscritos á favor de su padre D. Antonio Valls y Vallés, procedentes de la herencia de su abuelo paterno D. Antonio Valls y Almiral, fundándose en que es heredera fideicomisaria de este último en virtud de la preinserta cláusula testamentaria:

Considerando que, con arreglo á los citados textos de la legislación romana, la nota esencial y característica de toda sustitución fideicomi-

saria consiste en la condición impuesta de una manera explícita ó implícita al heredero instituído, en primer lugar de conservar los bienes para transmitirlos á la persona que, á falta de éste, ha de suceder al causante, llegado el término ó realizado el suceso previsto por el mismo:

Considerando que en el testamento de D. Antonio Valls y Almirall no aparece impuesta semejante condición á su hijo D. Antonio Valls y Vallés de una manera expresa y terminante, ni tampoco se infiere del sentido general de dicho documento que tal fuese su voluntad:

Considerando que el llamamiento hecho por el testador á los hijos del referido D. Antonio Valls y Vallés guardando orden de primogenitura, para el caso de faltar este último, no revela que aquél tuviera el propósito de imponerle la aludida condición, porque al fijar este orden, sólo se propuso establecer una regla que sirviese de criterio para determinar las personas que, en concepto de tales hijos, una después de otra, y no todas á la vez, debían sucederle en todos sus bienes; la cual regla no es exclusiva de la sustitución fideicomisaria, sino que puede tener perfecta aplicación á la sustitución vulgar:

Considerando que no teniendo la recurrente, por las razones expuestas, el carácter de heredera fideicomisaria de su abuelo D. Antonio Valls y Almiral, único título que invoca para solicitar la inscripción de los bienes que, procedentes de éste, poseyó el padre de la misma, es improcedente su pretensión, con arreglo á la doctrina consignada en el art. 20 de la ley Hipotecaria;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 16 de Febrero de 1899.=El Director general, Ramón Cepeda.=Sr. Presidente de la Audiencia de Barcelona.

Núm. 70.—TRIBUNAL SUPREMO.—17 de Febrero, pub. el 14 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de actuaciones.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Luis Melián contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con la Compañía Arrendataria de Tabacos.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el recurso de casación sólo se da contra las sentencias definitivas ó contra las que tienen, con arreglo al art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, concepto de tales, porque aunque recaigan sobre un incidente, impiden la continuación del pleito:

Que no se encuentra en este caso, como es evidente, y lo ha declarado con repetición el Tribunal Supremo la que desestima la nulidad pretendida de actuaciones y manda seguir el curso de lo principal:

Que los recursos entablados contra sentencias que no tengan carácter de definitivas deben rechazarse en trámite de admisión, á tenor del art. 1729, núm. 3.º de la citada ley.

Resultando que pendiente en grado de apelación, ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, autos de juicio ordinario de mayor cuantía, procedentes del Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio, seguidos por demanda de D. Luis Melián y Chappi contra la Compañía Arrendataria de Tabacos, pidiendo se condenase á

la misma á reintegrarle, con los frutos percibidos y las costas, en la propiedad de cierto proyecto mercantil que aquélla poseía de mala fe, promovió el mencionado Melián un incidente previo de nulidad de actuaciones, que fué desestimado por la expresada Sala, mandando continuar el curso de los autos en lo principal por sentencia de 3 de Noviembre del año último, así como igualmente desestimó dicha Sala, en auto del 25 de los propios mes y año, la súplica que interpuso el repetido Melián de la enunciada sentencia:

Resultando que D. Luis Melián Chappi ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los motivos que alega; habiéndose opuesto el Ministerio fiscal á que sea admitido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que el recurso de casación sólo se da contra las sentencias definitivas ó contra las que tienen, con arreglo al art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, concepto de tales, porque aunque recaigan sobre un incidente, impiden la continuación del pleito:

Considerando que no se encuentra en este caso, como es evidente y lo ha declarado con repetición el Tribunal, la que desestima la nulidad pretendida de actuaciones y manda seguir el curso de lo principal:

Considerando que los recursos entablados contra sentencias que no tengan carácter de definitivas deben rechazarse en trámite de admisión, á tenor del art. 1729, núm. 3.°, de la citada ley;

No ha lugar á admitir el recurso de casación interpuesto por D. Luis Melián y Chappi, al que se condena al pago de las costas; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que ha remitido, y publíquese el presente auto según previene la ley.

Madrid 17 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. =José de Garnica.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 71—TRIBUNAL SUPREMO.—18 de Febrero, pub. el 14 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tercería de mejor derecho.*— Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Manuel Martínez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. José Tresgüerres.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que los juicios de tercería, como todos los pleitos, han de resolverse conforme á lo alegado y probado, debiendo por lo mismo tenerse en cuenta las pruebas practicadas á instancia de las partes litigantes sobre las cuestiones controvertidas, y de los arts. 1218 y 1232 del Código civil, relativos al valor probatorio de los documentos públicos y de la confesión judicial, no se infiere cosa alguna en contrario de esta regla:

Que no puede interpretarse el art. 26 del Código de Comercio aisladamente, sino como parte integrante que es del tít. 2.° de dicho Cuerpo legal, donde por regularse el Registro mercantil están contenidos los preceptos que le sirven de complemento y determinan su alcance; y siendo esto así, aparece evidente que los efectos atribuí-

dos por dicho art. 26 á la inscripción en el Registro se refieren exclusivamente á aquellos documentos que, conforme á los arts. 21 y 22, son susceptibles de inscripción, pero no á cualquier otro documento aunque de hecho resulte inscrito:

Que fundándose el fallo para reputar exigible un préstamo, á pesar de no haber espirado el término convenido para su devolución, en la insolvencia del deudor y en la disminución de las garantías dadas por el mismo al acreedor para la seguridad del reintegro, si contra estas apreciaciones de hecho no se ha recurrido en debida forma, no es de estimar la infracción de ley del contrato ni la del art. 1129 del Código civil, según el cual pierde el deudor todo derecho á utilizar el plazo establecido á su favor, cuando después de contraída la deuda se constituye en dichas circunstancias:

Que el estado de suspensión de pagos no se opone al ejercicio de las acciones que asistan á los acreedores del comerciante suspenso, ya contra éste, ya entre sí, respecto á la preferencia de sus respectivos créditos, cuyas reclamaciones pueden y deben sustanciarse y decidirse sin perjuicio de suspender la ejecución de las sentencias condenatorias, que es lo incompatible con el estado de suspensión de pagos, según repetidas decisiones del Tribunal Supremo:

Que estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el artículo 873 del Código civil ni la doctrina establecida en sentencia de casación de 14 de Marzo de 1896.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Febrero de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por D. José Tresgüerres y Suárez, sastre, con D. Juan Polo de Bernabé y Balboa, Abogado, y D. Manuel Martínez López, comerciante, todos de esta vecindad, sobre tercería de mejor derecho; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el D. Manuel Martínez, representado por el Procurador D. Felipe Jiménez y García de la Plaza y defendido por el Licenciado D. Tomás Curiel y Arias; estándolo el D. José Tresgüerres, que como recurrido se ha personado en este Tribunal, por el Procurador D. Gregorio Fernández Voces y el Licenciado D. José de San Simón:

Resultando que en escritura pública, autorizada en esta corte el 25 de Agosto de 1892, manifestó D. Manuel Martínez López que había solicitado de su tío político D. José Tresgüerres y Suárez le facilitase 10.000 pesetas que necesitaba para instalar un establecimiento de géneros de punto y artículos de fantasía, con cuyo objeto tenía alquilado un local en los números 10 y 12 de la calle de Peligros, y á consecuencia de la enunciada petición, Tresgüerres le facilitaba en el acto del otorgamiento de la escritura la indicada cantidad en concepto de anticipo reintegrable, con el interés de 5 por 100 anual, pagadero por trimestres adelantados, señalándose como término del contrato el plazo de cuatro años, que vencería en 18 de Agosto de 1896, pero reservándose D. Manuel Martínez el derecho de anticipar el reintegro y de hacer entregas á cuenta, siempre que no fueran menores de 1.000 pesetas, las cuales dejarían de devengar interés; y en el caso de que no satisficiera por completo cualquier trimestre de intereses, se estimaría vencido el plazo fijado para el reintegro del principal, pudiendo Tresgüerres reclamarlo ejecutivamente; designando el D. Manuel Martínez para responder del cumplimiento de las obligaciones que contraía todo cuanto le pudiera pertenecer de hecho y de derecho, y principalmente el mencionado estableci-

miento, cuyas existencias que contuviera ó pudiera contener afectaba y pignoraba al efecto, comprometiéndose á no traspasarlas sin expreso conocimiento de Tresgüerres mientras no estuviese reintegrado completamente de capital é intereses:

Resultando que el mismo D. Manuel Martínez López, en otra escritura fechada también en Madrid el 19 de Julio de 1893, confesó tener recibidas con anterioridad de D. Juan Polo de Bernabé, en calidad de préstamo, 30.000 pesetas por término de ocho años, que terminarían el 19 de Julio de 1901, plazo prorrogable por voluntad de ambas partes, durante el cual devengaría el capital prestado el interés anual de 2.500 pesetas, pagadero por trimestres vencidos, pudiendo el D. Manuel Martínez, antes de espirar el plazo señalado, reembolsar todo ó parte del capital, siempre que las entregas no fueren menores de 5.000 pesetas; pero en el caso de que al vencimiento de cualquier trimestre no abonara la correspondiente cantidad por razón de intereses, podría considerar Polo de Bernabé espirado el plazo y exigir el capital pendiente de pago y sus intereses por todo el tiempo que faltare para completar los ocho años de duración del préstamo, y si espirado éste, el deudor no lo devolviera, seguiría devengando intereses; obligando el D. Manuel Martínez para responder del exacto cumplimiento del contrato el establecimiento de su propiedad, situado en los números 10 y 12 de la calle de Peligros, que se comprometía á no ceder, traspasar ni gravar por concepto alguno hasta el completo pago á Polo de Bernabé del mencionado crédito; siendo inscrita la relacionada escritura en el Registro mercantil en 18 de Agosto de aquel año 1893:

Resultando que D. Juan Polo de Bernabé, con fecha 18 de Febrero de 1896, formuló demanda ejecutiva contra D. Manuel Martínez por la cantidad de 45.000 pesetas, intereses y costas; y repartida dicha demanda al Juzgado del distrito del Hospital, se despachó la ejecución, procediéndose al embargo de bienes del deudor, nombrándose el 21 de Marzo siguiente perito para que procediera á la tasación de aquéllos, cuyo nombramiento se notificó al ejecutado, á fin de que en el término de segundo día se designase otro por su parte:

Resultando que D. José Tresgüerres y Suárez, en 23 de Mayo del citado año 1896 dedujo demanda de tercería sobre los géneros y demás enseres que constituían el establecimiento que D. Manuel Martínez López poseía en la calle de Peligros, núms. 10 y 12, consistentes en géneros de punto y objetos de fantasía, con la súplica de que se declarase su mejor derecho y se le hiciere pago con el producto de aquellos bienes con preferencia á D. Juan Polo de Bernabé; exponiendo al efecto, á más de relacionar la escritura ya mencionada de 25 de Agosto de 1892, y de hacer mérito de los autos ejecutivos instados por D. Juan Polo de Bernabé: haberle sido embargados al D. Manuel Martínez sus bienes con motivo de dicha ejecución, á pesar de no tener satisfechas á Tresgüerres las 10.000 pesetas á que se refería la escritura, sin que se hubiera hecho constar que dichos bienes debían responder ante todo de tal obligación, contraída y consignada en documento público de fecha anterior al que sirvió de base á la ejecución; y faltar con el embargo realizado á Tresgüerres las garantías que respondían á su crédito, por lo que estaba en su derecho de reclamarlo, sin que á Martínez le asistiera el de utilizar el plazo convenido para el pago; y citó varios fundamentos legales:

Resultando que mandada sustanciar la demanda por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, la contestó D. Manuel Martínez López, con la súplica de que se absolviera de ella á los demandados, declarando que D. José Tresgüerres tiene mejor derecho para cobrar á su de-

bido tiempo, ó sea el 18 de Agosto de 1896, su crédito de 10.000 pesetas en concurrencia y con preferencia al otro acreedor D. Juan Polo de Bernabé, salvo siempre el resultado que pudiera ofrecer el expediente de suspensión de pagos:

Resultando que el D. Manuel Martínez, para apoyar dicha pretensión, sostuvo: que hallándose casado con Doña Florentina Alvarez, pensó instalar un establecimiento, por lo que acudió á sus tíos políticos Don José Tresgüerres y Doña Teresa Díaz, con quienes había vivido su esposa, para que le prestasen 10.000 pesetas que necesiba, como así lo hicieron en el acto del otorgamiento de la escritura de 25 de Agosto de 1892, de la que Martínez pagó los derechos á la Hacienda, y satisfizo, como representante de la sociedad conyugal, á sus respectivos vencimientos los intereses estipulados; haber fallecido el 11 de Junio de 1893 Doña Teresa Díaz, esposa de Tresgüerres, habiéndose incluído en los bienes sujetos á las operaciones de división y adjudicación de la testamentaría el crédito de 10.000 pesetas, por el carácter de gananciales que tenía, como los demás bienes relictos; haber contraído con D. Juan Polo de Bernabé el préstamo consignado en la escritura de 19 de Julio de 1893 á fin de ampliar su comercio; haberse visto obligado en Diciembre del 95 á solicitar del Juzgado se le declarase en suspensión de pagos, presentando en consecuencia las relaciones de activo y pasivo, en la primera de las cuales, que ascendía á 105.000 pesetas, figuraba el establecimiento con sus existencias, y en la segunda se hallaban incluídos los créditos á favor de Tresgüerres y de Polo de Berbabé, formulando éste, hallándose en tramitación dicho expediente, el juicio ejecutivo, en el que se había promovido la tercería de que se trata, y no poder impedir que los acreedores entablasen los procedimientos que creyesen oportunos; pero tenía derecho y obligación de no permitir que los bienes afectos al expediente de suspensión de pagos se vendieran y destinase su producto á satisfacer el crédito de uno ú otro de los acreedores, por lo que no se hubiera opuesto á la demanda si sólo se pretendiera la declaración de mejor derecho para cobrar á su debido tiempo con preferencia á D. Juan Polo de Bernabé; citó varios fundamentos legales, y presentó un documento fechado el 25 de Febrero de 1896, en el cual D. José Tresgüerres expresa haber recibido de D. Manuel Martínez la cantidad de 125 pesetas correspondiente á los intereses vencidos en el día de la fecha:

Resultando que D. Juan Polo de Bernabé contestó asimismo la demanda, pidiendo se declarase que el demandante le faltaba personalidad para reclamar, por no haber acreditado, al menos á su tiempo, que por adjudicación hecha á su favor en la testamentaría de su esposa Mardel crédito que la sociedad conyugal disuelta poseía contra D. Manuel tínez le pertenecía, y que tuviera, por tanto, el carácter de acreedor con que reclamaba, é igualmente que por omisión de la indicada partición no estaba completo el título fundamental de la tercería; y por último que el crédito de D. Juan Polo tenía prelación y preferencia para el cobro respecto del crédito que alegaba Tresgüerres por el mejor derecho que la inscripción en el Registro mercantil le concedía respecto de otros anteriores ó posteriores no inscritos; y en consecuencia de todo ello, se absolviera á los demandados, ó de no ser pertinentes dichas pretensiones, se resolviera en el sentido solicitado en la contestación á la demanda formulada por D. Manuel Martínez:

Resultando que al apoyar las mencionadas solicitudes, D. Juan Polo de Bernabé aceptó parte de los hechos consignados en el escrito de contestación de D. Manuel Martínez, y añadió: haber tenido buen cuidado de que se inscribiera en el Registro mercantil la escritura de préstamo,

llenando así un requisito que había omitido Tresgüerres; y haber realizado éste su préstamo á Martínez durante su matrimonio con Doña Teresa Díez con bienes propios de la sociedad conyugal, que terminó por la muerte de aquélla ocurrida el 11 de Junio de 1893, con testamento de 17 de Agosto del 79, en que instituyó por herederos á varios individuos de su familia, por lo que, una vez realizada la partición del caudal relicto, estaban interesados, á más del actor, otros herederos de la causante en el crédito de 10.000 pesetas contra D. Manuel Martínez, lo cual hacía necesario que con la demanda de tercería se hubiese acompañado la escritura de partición, á fin de justificar la propiedad del enunciado crédito; é invocó algunos fundamentos legales:

Resultando que seguido el pleito por sus trámites, se practicó en el período de prueba la que las partes propusieron, manifestando D. José Tresgüerres al absolver posiciones, á instancia de D. Juan Polo de Bernabé, ser cierto que Doña Florentina Alvarez, sobrina é hija adoptiva suya, contrajo matrimonio, viviendo en su casa, con D. Manuel Martínez López, después de lo que solicitaron estos cónyuges de Tresgüerres y su esposa un préstamo de 10.000 pesetas, que les facilitaron de bienes propios y comunes de la sociedad conyugal; ser cierto que los bienes existentes al morir su esposa eran todos gananciales; y ser cierto que había cobrado con regularidad los intereses del préstamo; poniéndose testimonio, también á instancia de Polo de Bernabé, con referencia á particulares de la testamentaría de Doña Teresa Díez, del cual aparece figurar entre el capital inventariado el crédito de 10.000 pesetas contra D. Manuel Martínez, y haberse distribuído el capital relicto en siete hijuelas, la última relativa al pago de deudas, en la que se adjudicó para dicho efecto á Tresgüerres el enunciado crédito; y otro testimonio referente á la suspensión de pagos en que fué declarado en el mes de Diciembre de 1895 el D. Manuel Martínez, haciendo constar que entre los acreedores figuraban D. José Tresgüerres y D. Juan Polo de Bernabé, ascendiendo el importe de los bienes comprendidos en la relación presentada en los autos á 106.500 pesetas, y siendo el estado de dichos autos el de haberse acordado en providencia de 18 de Diciembre de 1895 que antes de convocar la junta de acreedores presentase Martínez tantas copias de la proposición de convenio como individuos figuraban en la lista producida, lo cual no había cumplido, y había desistido de representarle el Procurador que lo venía haciendo, sin que hubiera nombrado otro alguno:

Resultando que el Juzgado dictó sentencia, declarando que el tercerista D. José Tresgüerres y Suárez tenía derecho á ser reintegrado del crédito de 10.000 pesetas que consta en la escritura de prestamo de 25 de Agosto de 1892, con preferencia á D. Juan Polo de Bernabé, ejecutante de D. Manuel Martínez López, y en su virtud, que del producto en venta de los bienes embargados debe hacerse pago á dicho tercerista de la cantidad expresada con prioridad á Polo de Bernabé, sin expresa condena de costas; é interpuesta apelación del enunciado fallo por Don Manuel Martínez, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, el 29 de Abril de 1898, dictó otra confirmándole en todas sus partes, condenando al apelante en las costas de la alzada:

Resultando que D. Manuel Martínez López ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1218 y 1232 del Código civil, resultante el mencionado error de hecho de documentos y actos auténticos; pues la

Sala sentenciadora entiende que bastó se acompañara á la demanda la escritura de préstamo, sin ser necesario presentar la testamentaría de Doña Teresa Díez para que estuviese justificado el derecho de tercerista que reclamaba como contratante del préstamo con el ejecutado D. Manuel Martínez, no obstante constar en la escritura de préstamo de 25 de Agosto de 1892 que al contratar Tresgüerres y Martínez eran ambos casados, confesando Tresgüerres, al absolver posiciones, que dicho préstamo fué realizado de acuerdo con su esposa, con bienes propios de la sociedad conyugal, que fueron apreciados y distribuídos como gananciales en la partición practicada al fallecimiento de aquélla, en la que también se incluyó el mencionado crédito, formando parte del caudal dividido, y en siete hijuelas, entre los diversos interesados, cuyos antecedentes no se habían tenido en cuenta, á pesar de que acreditaban que Don José Tresgüerres intervino en la escritura de préstamo como representante en la sociedad conyugal; que ésta se disolvió por muerte de Doña Teresa Díez, y que se liquidó en debida forma, por lo que para acreditar la acción y derecho del tercerista no bastaba que presentase únicamente la escritura de préstamo, pues según tiene declarado este Supremo Tribunal en sentencia de 4 de Julio de 1878, las particiones testamentarias constituyen el título de pertenencia de los bienes que hayan correspondido á los respectivos herederos:

Segundo. La infracción de los arts. 913 y 26 del Código de Comercio, aplicables al caso de autos, por tener los préstamos de Tresgüerres y Martínez el concepto de mercantiles, según el 311; toda vez que celebrado el contrato de préstamo entre Martínez y Polo de Bernabé, é inscrito en el Registro mercantil el 18 de Agosto de 1893, desde tal fecha produce efecto legal en perjuicio de Tresgüerres, sin que pueda ser invalidado por la escritura, no inscrita, acompañada á la tercería, gozando, por tanto, del privilegio que le da la inscripción con respecto á los bienes dados en garantía, mientras que Tresgüerres se encuentra en el caso mencionado en el núm. 4.º del citado art. 26, no pudiendo decirse que se refiere únicamente á los títulos y bienes que enumera el art. 21, pues establece un principio general sin distingos de ninguna especie, y es máxima de derecho que no cabe distinguir cuando la ley no distingue, ni deben hacerse excepciones que ella no contenga:

Tercero. La ley del contrato, sancionada por el art. 1091 del Código civil y el 1125, puesto que estableciendo la escritura acompañada á la demanda que la devolución del préstamo se haría en el plazo de cuatro años, pudiendo reclamarse antes por falta de pago de los intereses, es indudable que al no faltar dicho pago, cual acreditaba el recibo presentado con la contestación á la demanda, no podía exigirse el reintegro del capital, por lo que la Sala sentenciadora, al citar el art. 1129 de dicho Código civil, lo aplica indebidamente, porque lejos de haber desaparecido ni disminuído las garantías que poseía Martínez al contratar con Tresgüerres, eran mayores en la época de la demanda, por cuanto tenía un establecimiento con el activo de 106.500 pesetas, confesado como tal en el expediente de suspensión de pagos, del que carecía al realizar el préstamo con Tresgüerres; y

Cuarto. Haberse infringido, por último, el art. 873 del Código de Comercio y la sentencia de este Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1896, entre otras, en cuanto la Sala sentenciadora accedió á la pretensión formulada en la demanda de un acreedor comprendido en el expediente de suspensión que no podía reclamar el pago de su crédito, ni ejercitar derecho alguno mientras aquél no se hallara terminado.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que los juicios de tercería, como todos los pleitos, han de resolverse conforme á lo alegado y probado, debiendo por lo mismo tenerse en cuenta las pruebas practicadas á instancia de las partes litigantes sobre las cuestiones controvertidas; y que de los arts. 1218 y 1232 del Código civil, relativos al valor probatorio de los documentos públicos y de la confesión judicial, así como de la doctrina citada, juntamente con estos preceptos, en el motivo primero del recurso, respecto al valor de las particiones de herencias para demostrar la transmisión de los bienes hereditarios, no se infiere cosa alguna en contrario de aquella regla; de suerte que fundándose la tercería de mejor derecho deducida por D. José Trasgüerres en la escritura de préstamo otorgada á su favor, y habiéndose opuesto á la demanda la excepción de que el crédito había dejado de pertenecerle por muerte de su mujer, ha podido y debido apreciarse toda la prueba relativa á esta excepción, ó sea, no tan solamente la confesión en que el demandante reconoció la calidad ganancial de los bienes existentes al morir su consorte, sino también la partición de la herencia donde aparece que el crédito se adjudicó al marido, resultando, por tanto, viva y subsistente en su favor la acción derivada del contrato de préstamo;

Considerando que no puede interpretarse el art. 26 del Código de Comercio aisladamente, sino como parte integrante que es el tít. 2.° de dicho Cuerpo legal, donde por regularse el Registro mercantil están contenidos los preceptos que le sirven de complemento y determinan su alcance; y siendo esto así, aparece evidente que los efectos atribuídos por dicho art. 26 á la inscripción en el Registro se refieren exclusivamente á aquellos documentos que conforme á los artículos 21 y 22, son susceptibles de inscripción, pero no á cualquier otro documento aunque de hecho resulte inscrito; siguiéndose de ello que la circunstancia de haberse registrado el crédito de Polo de Bernabé y no el de Tresgüerres carece de todo efecto para dar preferencia al primero sobre el segundo, porque los contratos de préstamo otorgados por los comerciantes en favor de personas determinadas no están comprendidos entre los actos que han de inscribirse en el Registro:

Considerando que para reputar exigible el préstamo, á pesar de no haber espirado el término convenido para su devolución, fúndase el fallo recurrido en la insolvencia del deudor y en la disminución de las garantías dadas por el mismo al acreedor para la seguridad de reintegro; y como contra estas apreciaciones de hecho no se ha recurrido en debida forma, resulta evidente que ni se ha infringido la ley del contrato ni el art. 1129 del Código civil, según el cual, pierde el deudor todo derecho á utilizar el plazo establecido á su favor cuando después de contraída la deuda se constituye en dichas circunstancias:

Considerando que el estado de suspensión de pagos no se opone al ejercicio de las acciones que asistan á los acreedores del comerciante suspenso, ya contra éste, ya entre sí, respecto á la preferencia de sus respectivos créditos, cuyas reclamaciones pueden y deben sustanciarse y decidirse sin perjuicio de suspender la ejecución de las sentencias condenatorias, que es lo incompatible con el estado de suspensión de pagos según repetidas decisiones de este Tribunal Supremo, con las cuales sustancialmente concuerda la citada en el motivo último del recurso, por tratarse de un caso que afectaba á la integridad del pasivo; siendo por ello evidente que el fallo recurrido, donde se declara el preferente derecho del tercerista para ser pagado con el producto de los bienes embargados á instancia del otro acreedor, no comete la infracción alegada en dicho motivo cuarto y último del recurso, pues tal declaración de dere-

cho no prejuzga cosa alguna respecto á lo que deba hacerse cuando llegue el caso de ejecutarse;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Martínez López, á quien condenamos al pago de las costas, y si viniere á mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas, por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. =José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Enrique de Illana y Mier.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 18 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 72.—TRIBUNAL SUPREMO.—20 de Febrero, pub. el 16 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de pesetas.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Casimiro Martínez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, en pleito con Doña Francisca Gómez y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que en casación no son de estimar la infracciones basadas en supuestos contrarios á la apreciación de la Sala sentenciadora.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Febrero de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Laredo y después en el de Ramales y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Doña Francisca Gómez Rivas, propietaria, por sí y como representante legal de sus menores hijos Juan, Antonia, Ana, Adela, Consuelo é Ignacio Marañón y Gómez, y D. Manuel Marañón y Gómez, estudiante, vecinos todos de Regules, en el concepto de herederos de D. Ignacio Marañón Martínez, con D. Casimiro Martínez Adrián, labrador, de la misma vecindad, sobre pago de 2.500 pesetas é intereses; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Eusebio Bejerano y el Procurador D. José Arana; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que Doña Francisca Gómez Rivas, viuda de D. Ignacio Marañón Martínez, por sí y como albacea de éste y en representación de los hijos de ambos, menores de edad, y en unión de su hijo mayor D. Manuel Marañón Gómez, dedujeron en 5 de Marzo de 1896 la demanda origen de estos autos, alegando que D. Joaquín Sáinz Trápaga extendió y firmó con fecha 18 de Septiembre de 1886 un pagaré á la orden de D. Felipe Pérez Martínez por valor de 2.500 pesetas, recibidas del mismo en calidad de préstamo al interés de 6 por 100 anual y en plazo de dos años; que siendo tenedor de ese pagaré D. Ignacio Marañón y Martínez en vir-

tud de endoso hecho á su favor por el Marqués de Hazas, le transmitió á su vez por endoso, y en el concepto de valor entendido á valor de cuenta, á favor de D. Casimiro Martínez Adrián, con fecha 20 de Abril de 1894; que el citado pagaré se hallaba en poder del expresado Martínez Adrián, quien, como legítimo tenedor del mismo, practicó las gestiones judiciales y extrajudiciales que tuvo por conveniente para hacerlo efectivo de Sáinz ó de sus herederos; y que en el cargo de las cuentas pendientes de liquidación entre D. Ignacio Marañón y el demandado D. Casimiro Martínez, motivado por el endoso del pagaré, figuraba la cantidad de 2.500 pesetas, importe del mismo, más los intereses estipulados desde la fecha del otorgamiento hasta el 20 de Abril de 1894, fecha del endoso á favor de D. Casimiro Martínez, sin que los demandantes tuvieran noticia de que en descargo de dicha partida existiera la correspondiente data; é invocando los fundamentos de derecho que estimaron oportunos, pidieron se condenase á D. Casimiro Martínez Adrián al pago de las 2.500 pesetas, importe del pagaré, y los intereses correspondientes á razón del 6 por 100 anual desde su otorgamiento hasta el 20 de Abril de 1894, con deducción de las cantidades que en su descargo justificase debidamente, y las costas:

Resultando que D. Casimiro Martínez Adrián contestó la demanda, exponiendo que D. Ignacio Marañón le endosó el pagaré con el fin de reclamar aquella suma de la sucesión de Sáinz, y bajo la condición de que al realizar el cobro le devolvería su importe, con deducción del valor de sus trabajos y gastos, por no permitirle su estado de pobreza pagar de presente, puesto que en la misma forma fué cedido á Marañón; y que, aunque sin resultado, había practicado para el cobro cerca de la heredera de Sáinz trabajos y pagos, cuyo importe tenía cargado en cuenta á Marañón:

Resultando que en la réplica, los demandantes reprodujeron sus pretensiones, y añadieron que no tenían inconveniente en aceptar la hipótesis de que Marañón, al endosar al demandado el pagaré, lo hiciera con el objeto de hacer efectivo su importe, quien, en su consecuencia, estaba obligado á devolver á los demandantes el citado pagaré, mediante el oportuno endoso, los que á su vez satisfarían al demandado el importe de los gastos y trabajos que justificase debidamente, siempre que acreditase que el mandato pactado no fué gratuito; pero que semejante condición no se compadecía con la naturaleza y fin del contrato, y debiera estimarse nula, con arreglo al art. 1115 del Código civil:

Resultando que evacuado el traslado de dúplica, sostuvo el demandado las pretensiones y afirmaciones hechas en la contestación, añadiendo que no existía contrato alguno de mandato, sino simplemente la cesión de un pagaré mercantil hecha al amparo y con las formalidades prevenidas por el Código de Comercio; y que la reclamación que deducían los demandantes sólo podía hacerse á un deudor, no existiendo cuenta corriente pendiente de liquidación, procediendo exigir únicamente, en el caso de existir ésta, la rendición á cuenta y entrega del saldo que en su día resultare:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicó por ambas partes la de posiciones, y además por la demandante testifical y documental, solicitando se requiriese al demandado para la exhibición del pagaré, á lo que contestó que no podía hacerlo por no hallarse en su poder desde época anterior á la interposición de la demanda, pues en uso de su derecho lo había endosado y transmitido; y sustanciado el pleito por todos los demás trámites y en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por sentencia confirmatoria de la apelada de 23

de Octubre de 1897, condenó, con imposición de las costas de segunda instancia á D. Casimiro Martínez Adrián, á satisfacer á los demandantes, en el concepto de sucesores de D. Ignacio Marañón y como legítimos representantes de su herencia, la cantidad de 2.500 pesetas, importe del pagaré, más los intereses correspondientes á razón de un 6 por 100 anual desde la fecha en que se libró hasta el día 20 de Abril de 1893:

Resultando que D. Casimiro Martínez Adrián ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. El art. 445, en relación con el 532 del Código de Comercio, que preceptúa que las cláusulas de valor entendido ó valor en cuenta harán responsables al endosatario de un pagaré del importe del mismo en favor del endosante, para exigirlo y compensarlo en la forma que ambas hayan convenido al hacer el contrato de cambio; el 1125, en relación con el 1214 del Código civil, en cuanto disponen que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día solo, serán exigibles cuando éste llegue, y si fuese incierto, dependerá de aquel hecho su cumplimiento; y el 1214 del mismo Código, que impone la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; en cuanto la Sala sentenciadora estima las pretensiones deducidas por los demandantes, á pesar de que, endosado el pagaré bajo la cláusula de valor entendido ó valor en cuenta, no era exigible su reintegro por el endosatario al endosante hasta que llegara el día prefijado en el contrato; extremo que debiera haberse justificado para reclamar en juicio el cumplimiento de la obligación; y

Segundo. Por aplicación indebida, el art. 1256 del Código civil, que dispone que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; extremos que no dependían de la voluntad del recurrente, pues si bien podía dejar de reclamar su pago, no le era posible rehuirlo si el obligado á efectuarlo quería hacerlo efectivo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la infracción que se alega de los artículos 445, en relación con el 532 del Código de Comercio, y del 1125 del Código civil, en relación con el 1214 del mismo, implica el supuesto contrario á la apreciación de la Sala, y no justificado en casación de que las partes, al celebrar el contrato expresado por el endoso, convinieron en un plazo para exigir el valor del pagaré transmitido; y que no existiendo tal pacto, y no habiendo tampoco demostrado el recurrente créditos contra los actores, compensables con el valor entendido ó en cuenta de dicho endoso, es éste exigible desde luego, de conformidad con el art. 1113 del Código civil y con el 1256, que se supone mal aplicado por la Sala sentenciadora;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Casimiro Martínez Adrián, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad, que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley, y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución de los autos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—José de Aldecoa.—Ricardo Gullón.—José de Garnica.—Francisco Toda.—Joaquín González de la Peña.—Pedro Lavín.—Ricardo Molina.

Publicación.—Leída y publicada fué la sentencia anterior por el

Excmo. Sr. D. José de Garnica, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 20 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 73.—TRIBUNAL SUPREMO.—20 de Febrero, pub. el 16 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Rescisión de contrato.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Francisco Bea contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en pleito con D. Manuel Ejarque y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que aun en el supuesto de que el art. 533 de la ley procesal, que se limita á determinar las excepciones que son admisibles como dilatorias, pudiera alegarse como fundamento de un recurso de casación en el fondo, no lo infringiría la sentencia en él dictada si estableciese la distinción debida entre la falta de personalidad y la de acción:

Que con arreglo á lo que dispone el art. 40 de la ley Hipotecaria, se entiende que no media precio en la enajenación de bienes inmuebles, cuando el Notario no da fe de la entrega ó los contratantes no justifican que se ha verificado con anterioridad.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Febrero de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Lucena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. Manuel Ejarque Tonda, D. Antonio Montón Ibáñez, D. Vicente Montolíu Ejarque, D. Ramón Piñón Guillamón, D. Joaquín Flor Jimeno, D. Manuel Cabedo Bou y D. Manuel Bou Mas, labradores y vecinos de Villahermosa, con D. Francisco Bea Catalán y su hijo D. Francisco Bea Gálvez, herreros y vecinos del mismo pueblo, sobre rescisión de contrato; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada, y en su defensa y representación por el Letrado D. José María Gay, y en el acto de la vista el Licenciado D. Francisco Mancebo de Igón y el Procurador D. Pío Rebollo Alonso; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que el Ayuntamiento de Villahermosa, de la provincia de Castellón, en sesión celebrada el día 13 de Noviembre de 1892, siendo su Alcalde D. Manuel Ejarque Tonda, y Concejales D. Antonio Montón Ibáñez, D. Vicente Montolíu Ejarque, D. Ramón Peñón Guillamón, Don Joaquín Flor Jimeno, D. Miguel Cabedo Bou y D. Manuel Bou Mas, nombró Recaudador del impuesto de consumos y del de líquidos y granos, para el ejercicio económico de 1892-93, al vecino de la misma Don Vicente Peret Tomás, y éste, como fiador, á su convecino Francisco Bea Catalán, quien aceptó el cargo:

Resultando que dicho fiador, por escritura de 3 de Febrero de 1896, otorgada ante el Notario de la villa de Alcora, é inscrita en el Registro de la propiedad de Lucena, vendió á su hijo D. Francisco Bea Gálvez nueve fincas que constituían todo su haber inmueble, asignándose precio á cada una, y arrojando un total de 1.290 pesetas, que confesó el vendedor tener recibidas del adquirente:

Resultando que practicada la liquidación de cuentas del impuesto de

consumos y de granos y líquidos del ejercicio económico de 1892-93, descontando el abono del premio de cobranza, arrojaron un saldo á favor del Ayuntamiento de Villahermosa de 9.002 pesetas 32 céntimos, para cuyo pago se siguió procedimiento de apremio, declarándose la insolvencia del recaudador y fiador, después de haberse vendido los bienes del primero en pública subasta y requerirse de pago al segundo en 1.º de Junio de 1896; y en sesión de 20 de Julio del mismo año, el expresado Ayuntamiento declaró responsables subsidiariamente de la cantidad al Alcalde y Concejales que actuaban en 13 de Noviembre de 1892, acuerdo que les fué notificado al día siguiente por medio de cédula, correspondiendo á cada uno la cantidad de 1.125 pesetas 29 céntimos, con más gastos y costas:

Resultando que con los anteriores documentos, D. Manuel Ejarque Tonda y los siete Concejales que en 1892 formaban el Ayuntamiento de Villahermosa, dedujeron ante el Juez de primera instancia de Lucena la demanda origen de estos autos, en la que, exponiendo los hechos anteriormente relatados y apoyándose en los arts. 1290, 1291 y 1298 del Código civil, solicitaron se declarase celebrado en fraude de acreedores el contrato de compraventa otorgado por D. Francisco Bea Catalán á favor de su hijo Bea Gálvez, y se rescindiera al efecto de que los bienes que del mismo fueron objeto quedasen á disposición del Ayuntamiento de Villahermosa ó de los demandantes para reintegrarse de las sumas que hubiesen satisfecho, según el estado del procedimiento ejecutivo que se seguía:

Resultando que los demandados contestaron excepcionando la falta de acción en los demandantes, y alegando en su apoyo: que D. Francisco Bea Catalán no era deudor del Ayuntamiento de Villahermosa ni de los demandantes en 3 de Febrero de 1896, época en que se efectuó la venta de sus bienes, y por tanto anterior á su declaración de responsabilidad como fiador de D. Vicente Peret; que los demandantes no habían satisfecho cantidad alguna al Ayuntamiento como responsables del desfalco cometido, habiéndose alzado contra tal acuerdo y extraviado el recurso al ser remitido á la Superioridad, encontrándose pendiente de fallo; que la venta se había hecho por más de la mitad del justo precio; y que Bea Catalán no había vendido las fincas á su hijo Bea Gálvez á título gratuito, sino en pago de cantidades que éste había recibido como sustituto en el servicio militar:

Resultando que al replicar los demandantes, sostuvieron las pretensiones y afirmaciones de la demanda, y añadieron: que todos ellos habían satisfecho parte de las cantidades que se les había asignado al objeto de hacer efectiva su responsabilidad, teniendo algunos de ellos embargados los bienes á las resultas del procedimiento; y que el demandado formaba parte como Concejal interino del Ayuntamiento de Villahermosa, que exigió y formalizó las cuentas de recaudación del impuesto de consumos, granos y líquidos para el año económico de 1892-93; y los demandados, duplicando, manifestaron que las cantidades que Bea Catalán debía á su hijo no procedían de lo que éste ganara por la sustitución militar, sino de los ahorros que había hecho en el servicio y que entregó á su padre; reprodujeron los demás hechos alegados en su contestación, y añadieron que Bea Catalán no había sido condenado al pago de la deuda por la que se pedía la rescisión del contrato:

Resultando que abierto el juicio á prueba, se practicó la documental de peritos y testigos que propusieron los demandantes, asignando los peritos á las fincas que fueron objeto del contrato de 3 de Febrero de 1896 un valor de 4.135 pesetas, utilizando los demandados la de con-

fesión judicial; y sustanciado el pleito por los demás trámites de las dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, por sentencia confirmatoria de 11 de Julio de 1898, declaró que, habiéndose otorgado el contrato de compraventa contenido en la escritura de 3 de Julio de 1896, por el que D. Francisco Bea Catalán traspasó á su hijo D. Francisco Bea Gálvez todos sus bienes inmuebles, á título gratuito y en fraude de acreedores en que había sido cómplice el adquirente, lo rescindía, y en su virtud, condenaba á los demandados á que en el término preciso de veinte días reintegrasen ó dejasen á disposición de los demandantes D. Manuel Ejarque Tonda, D. Antonio Montón Ibáñez, Don Vicente Montolíu Ejarque, D. Ramón Peñón Guillamón, D. Joaquín Flor Jimeno, D. Miguel Cabedo Bou y D. Manuel Bou y Mas, todos los bienes inmuebles enajenados por la expresada escritura, mandando al Notario que la autorizó que hiciera constar en ella la rescisión é inutilizase las copias, y al Registrador de la propiedad de Lucena cancelase las inscripciones de los bienes de referencia á nombre del comprador, con expresa imposición de las costas á los demandados:

Resultando que D. Francisco Bea Catalán y D. Francisco Bea Gálvez interpusieron recurso de casación por infracción de ley, fundado en los casos 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. El art. 533 de la citada ley, en su caso 2.°, al estudiar la Sala sentenciadora la falta de personalidad en los demandantes, en quienes en modo alguno podía concurrir; pues al emplazar á los demandados lo habían hecho en nombre propio y no en representación del Ayuntamiento de Villahermosa, y no resolver en cambio sobre la falta de acción en los mismos demandantes, excepcionada por los demandados, puesto que aquéllos comparecían en juicio ejercitando particularmente y en beneficio propio los derechos del citado Ayuntamiento para proceder contra su deudor, el recurrente D. Francisco Bea Catalán, como fiador del Recaudador de contribuciones D. Vicente Peret, que nunca le fueron cedidos por la citada Corporación; no haciendo la distinción entre la capacidad de comparecer en juicio y el derecho de litigar, sustentada en varias sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, en la de 9 de Julio de 1870, 6 de Marzo de 1889, 20 de Junio y 22 de Septiembre de 1894, y en las de 24 y 26 de Diciembre de 1895:

Segundo. El art. 1157 del Código civil, en cuanto dispone que la subrogación de los derechos de un acreedor por un tercero no se considerará efectuada sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa ó hecho la prestación en que la obligación consistía; al considerar la Sala sentenciadora que los demandantes, por haber satisfecho parte de las cantidades que se les adeudaban por el desfalco cometido por el Recaudador D. Vicente Peret, podían subrogarse en el lugar de la citada Corporación y ejercitar derechos y acciones que no habían adquirido ni por pago de la deuda ni por cesión voluntaria, y que sólo á aquélla correspondían contra el fiador D. Francisco Bea Catalán:

Tercero. El párrafo 2.° del art. 1297 del mismo Código, que presume fraudulentas las enajenaciones á título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, ó expedido mandamiento de embargo de bienes, precepto confirmado por este Tribunal Supremo en sentencias de 22 de Junio de 1874 y 29 de Octubre de 1891; en el concepto de que la sentencia recurrida declara la rescisión del contrato de compraventa efectuado por los recurrentes, sin haber sido condenados ni ejecutados, ni haberse efectuado aquél á título gratuito; y

Cuarto. Error de apreciación manifiesto en que había incurrido la Sala sentenciadora al desconocer el hecho demostrado por medio de las pruebas practicadas de que la venta hecha por D. Francisco Bea Calalán á su hijo se había efectuado seis meses antes de practicarse la liquidación de cuentas al Recaudador de consumos D. Vicente Peret, de quien era fiador Bea Catalán, pues el contrato de venta se otorgó, según certificación del Registrador de la propiedad de Lucena, el 3 de Febrero de 1896, y la liquidación, en 29 de Julio del mismo año.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando, respecto del motivo primero, que aun en el supuesto de que el art. 533 de la ley procesal, que se limita á determinar las excepciones que son admisibles como dilatorias, pudiera alegarse como fundamento de un recurso de casación en el fondo, la sentencia no ha infringido dicho precepto legal ni otro alguno que con él se relacione; porque después de establecer la distinción debida entre la falta de personalidad y la falta de acción, declara que, litigando los demandantes, no en representación del Ayuntamiento de Villahermosa, sino en su propio nombre, es indudable su personalidad, como lo es también el derecho ó acción que les asiste, y que nace del perjuicio que el fiador del Recaudador, hoy recurrente, les ha causado al quedar insolvente por la enajenación fraudulenta de todos sus bienes, dando lugar con esto á la responsabilidad subsidiaria que, conforme á la ley Municipal, afecta á á aquéllos, como Alcalde y Concejales que eran en el año de 1892:

Considerando que tampoco han podido infringirse el art. 1157 del Código civil invocado en el motivo segundo, puesto que se refiere exclusivamente al pago de una deuda que no es la cuestión del pleito, ni el párrafo 2.º del art. 1297 citado en el motivo tercero; toda vez que, con arreglo á lo que dispone el art. 40 de la ley Hipotecaria, se entiende que no media precio en la enajenación de bienes inmuebles, cuando, como sucede en la realizada por el recurrente á favor de su hijo, el Notario no da fe de la entrega, ó los contratantes no justifican que se ha verificado con anterioridad; y

Considerando que no se ha incurrido en el error de hecho que se supone en el motivo cuarto, porque la sentencia consigna la fecha de la escritura de venta, y apreciando en conjunto las pruebas practicadas, establece que cuando aquélla se otorgó era del dominio público y constaba al recurrente, por su cargo de Regidor Síndico, el alcance que resultaba contra el Agente recaudador; por cuya razón y por los demás datos que expone, declara que la enajenación se hizo en fraude de acreedores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Bea Catalán y D. Francisco Galvez, á quienes condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debieron constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.= Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado del Tribunal Supremo, cele-

brando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 20 de Febrero de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 74.—TRIBUNAL SUPREMO.—21 de Febrero, pub. el 16 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de escritura.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Benigna Gutiérrez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Juan Alzurena.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que declarando la Sala sentenciadora que no existe disposición legal que, por la no presentación de las operaciones á la aprobación judicial, anule la liquidación y partición de la herencia en que esté interesado un menor de edad, no infringe el art. 1049 de la ley procesal:

Que no son de estimar en casación las infracciones de preceptos legales inaplicables al pleito de que se trata:

Que con arreglo á la ley 6.ª, tít. 10, Partida 6.ª, por el hecho de que uno de los albaceas ausente del lugar del contrato no haya practicado gestión alguna en aquel concepto ni concurriese á su otorgamiento, no puede invalidarse la escritura otorgada con las solemnidades de derecho por el otro albacea y por el representante legal del heredero:

Que es jurisprudencia constante que por la declaración de temeridad de un litigante, que discrecionalmente aprecia el Tribunal sentenciador y lleva consigo la imposición de costas, no puede recurrirse en casación.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Febrero de 1899, en los autos declarativos de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de esta corte y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, á virtud de demanda que dedujo Doña Benigna Gutiérrez Riesgo, de esta vecindad, como representante de su menor hija natural, Valentina Gutiérrez, y que por fallecimiento de ésta continuó en su propio nombre la primera, contra D. Juan Alzurena é Iriarte, propietario, vecino de Valladolid, sobre nulidad de escritura y otros extremos; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la Doña Benigna Gutiérrez, á quien representa el Procurador D. Hilario Dago y Cuchillero y defiende el Licenciado D. Ricardo Padilla; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que en Enero de 1888 falleció en esta corte D. Antonio Ignacio Fornesa y Bover, bajo testamento otorgado el día 6 de Agosto del año anterior, y en el cual instituyó por heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros á la niña Valentina Gutiérrez Riesgo, hija suya, aunque no llevaba todavía su nombre, y á Doña Benigna Gutiérrez Riesgo, á la que pasaría la herencia si aquélla falleciera sin sucesión; nombró tutor y curador de la expresada menor á su citada madre, para que la cuidase como tal, y después á D. Juan Alzurena, Banquero de Valladolid, y á D. Juan Mata Zorita, Abogado de Tordesillas, al primero de los cuales encargó que él mismo se reintegrase de la deuda que tenía reconocida en pagarés, rogando á ambos procurasen allanar

los obstáculos que pudieran presentarse para seguir la casa de préstamos de la calle del Baño, núm. 4, tal como entonces estaba, á nombre de la Doña Benigna Gutiérrez, si bien con el derecho de inspección durante la minoría de la niña y bajo las restricciones y requisitos que juzgasen convenientes:

Resultando que por Doña Benigna Gutiérrez, en concepto de madre y representante legal de la menor Valentina, y por D. Juan Alzurena, como albacea del testador Fornesa, se procedió á practicar el inventario y avalúo de los bienes hereditarios, otorgando en 26 de Mayo de 1888 escritura pública ante el Notario de esta corte, D. Mariano Alonso Apolinario, manifestando que el referido inventario del caudal yacente ascendía á 87.281 pesetas 5 céntimos; que conocido este resultado, habían hecho la liquidación, cuenta, partición y adjudicación de los mismos, fijando como bajas 68.399 pesetas 55 céntimos, de las que correspondían 58.000 pesetas á un crédito del D. Juan Alzurena, restando un haber líquido de 18.881 pesetas 50 céntimos para la heredera, á quien se adjudicaron todos los bienes objeto de la testamentaría, quedando obligada su madre, la compareciente Doña Benigna Gutiérrez, en representación de dicha menor, á satisfacer las deudas de que se hace mérito, pudiendo cobrar los créditos que existen en favor de la herencia:

Resultando que en otra escritura pública, otorgada el mismo día 26 de Mayo de 1888 ante el propio Notario Alonso Apolinario por la Doña Benigna Gutiérrez, como representante legal de su hija menor Valentina, y D. Juan Alzurena, por su propio derecho, entregó á éste la primera, por cuenta del crédito de 58.000 pesetas, reconocido en la escritura particional antes referida, la suma de 19.333 pesetas, obligándose á satisfacer por las 38.667 restantes, desde el día 1.º de Enero de 1889, el interés de 6 por 100 anual, y á pagar, por razón de capital é intereses, la cantidad de 1.600 pesetas mensuales, debiendo hacer el primer pago el día 31 del expresado mes de Enero y continuar en la misma forma los pagos sucesivos en los últimos días de cada mes, hasta el total reintegro de capital é intereses, quedando afectos al pago y cumplimiento del contrato todos los efectos, alhajas, ropas, metálico y créditos que existían y pudieran existir en la casa de préstamos de la calle del Baño, núm. 4, estipulándose en garantía y satisfacción del acreedor que éste quedaba facultado para ejercer la inspección é intervención que tuviera por conveniente en todas las operaciones y negocios de la indicada casa de préstamos, la cual giraría desde aquella fecha á nombre de la Doña Benigna, quien se obligó también á proceder á su liquidación tan pronto como el Alzurena lo estimara conveniente, fuese cualquiera la causa que á ello le impulsara:

Resultando que en 31 de Enero de 1894, Doña Benigna Gutiérrez formuló contra D. Juan Alzurena demanda de mayor cuantía sobre pago de 18.881 pesetas 50 céntimos, importe del haber líquido correspondiente á la menor Doña Valentina Gutiérrez en la testamentaría del finado Don Antonio Ignacio Fornesa, intereses y costas, cuya demanda fué resuelta por sentencia de 2 de Octubre de 1894, que absolvió al demandado Alzurena, reservándose á la menor Doña Valentina el derecho de que se creyera asistida para que lo ejercitara en la vía y forma conveniente, por considerar que la causa que motivaba la absolución era la de no estimarse válidas las escrituras origen de la obligación, y cuya nulidad no podía decretarse entonces por no haberse solicitado:

Resultando que fundada en los antecedentes hasta aquí expuestos, ejercitando los derechos que se la reservaron en la sentencia antes citada, y en concepto de madre y representante legal de su menor hija Va-

lentina, promovió la Doña Benigna Gutiérrez, en escrito de 14 de Enero de 1895, demanda de mayor cuantía contra D. Juan Alzurena Iriarte, solicitando se declarase la nulidad de las dos escrituras otorgadas entre demandante y demandado el día 26 de Mayo de 1888 ante el Notario Don Mariano Alonso Apolinario, sobre adjudicación y división de bienes de la testamentaría de Fornesa y reconocimiento de crédito á favor de Alzurena, y que por la liquidación de cuentas que éste practicase hiciera entrega á la menor Valentina del resultado y efectos de la testamentaría, con indemnización de daños y perjuicios, que se determinarían en el período de prueba, y pago de costas, alegando sustancialmente como hechos, además de los ya relacionados, que las referidas escrituras de 26 de Mayo de 1888 adolecían de un defecto de origen y no podían tener validez, la primera por no haber sido presentada á la aprobación judicial, y la segunda porque no fué otorgada con licencia del Juzgado; y que apreciada la nulidad de dichas escrituras, venía como consecuencia ineludible que el Alzurena cumpliese los deberes que el testamento le imponía, estando obligado á rendir cuentas y á entregar los valores y efectos de la testamentaría; citando, finalmente, como fundamentos de derecho, los arts. 1049, 2011 y 2025 de la ley de Enjuiciamiento civil, la ley 6.ª, tít. 10, Partida 6.ª, y los arts. 995 y 897 del Código civil; por cuanto en el caso de autos el Alzurena había realizado por sí solo todos los actos relacionados con el albaceazgo, sin ostentar la autorización del otro testamentario, Mata Zorita:

Resultando que fallecida la menor Doña Valentina Guiérrez el día 11 de Enero de 1895, se personó en los autos la Doña Benigna Gutiérrez, dando por reproducida la demanda, con la modificación de concurrir por derecho propio, como heredera de D. Antonio Ignacio Fornesa en vez de hacerlo con la representación que anteriormente ostentaba de su finada hija; y tenida por parte y admitida la demanda, se emplazó con ella al demandado D. Juan Alzurena, que en escrito de 31 de Diciembre la contestó , solicitando su absolución y se desestimasen todas las pretensiones de la parte actora, que debería ser condenada á perpetuo silencio y al pago de las costas; exponiendo en síntesis, aparte de otros hechos ya referidos: que las dos escrituras públicas cuya nulidad solicita hoy la demandante, adquirieron fuerza probatoria en el pleito que anteriormente le había promovido la misma Doña Benigna Gutiérrez, y en el cual se decidió que el Alzurena no venía obligado á entregar lo que se le pedía, si bien en los considerandos de aquel fallo hizo el Juzgado oficiciosamente algunas apreciaciones no pedidas por las partes acerca de la validez de las escrituras de que se trata, creyendo que necesitaban de la aprobación judicial, por lo que se reservó á la demandante los derechos que pudieran asistirla, dando lugar con ello á la interposición de este nuevo litigio; que revolviéndose contra sus propios actos la demandante, acudía al supremo recurso de que las escrituras son nulas, para lo que interpuso la demanda, primero á nombre de su hija, y por fallecimiento de ésta á nombre propio, de la que se titulaba heredera, sin probarlo, así como también se titulaba heredera del Fornesa, desconociendo que bajo ni uno ni otro carácter tiene derecho para pedir lo que pide; y que todos los actos ejecutados por el demandado en la sucesión de Fornesa lo fueron en unión de la demandante, como ésta reconocia y confesaba en dichas escrituras, negando las afirmaciones que de contrario se hacían; y citando, en fin, como fundamentos de derecho, entre otros, las sentencias de este Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1887, de 2de Agosto de 1879 y 8 de Febrero de 1890, en cuanto determinan que ni las apreciaciones de los considerandos de las sentencias, ni las

reservas de derechos que en ellas se hagan, dan ni quitan los que á los litigantes asistan; el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, que excluye de la necesidad de aprobación judicial las particiones en que el menor está representado por el padre ó por la madre; y la ley 6.ª, tít. 10, Partida 6.ª, porque no siendo procedente la nulidad que se pide, no puede serlo tampoco la obligación que de ello se deriva:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes en sus respectivas pretensiones, sin alegar nuevos hechos que alterasen la índole del debate planteado; y recibido el pleito á prueba, se trajo á los autos, á instancia del demandado, un testimonio de la escritura otorgada ante el Notario de esta corte D. Juan Zozaya con fecha 7 de Enero de 1888, en la cual D. Antonio Ignacio Fornesa confesó deber á D. Juan Alzurena é Iriarte la suma de 58.000 pesetas, que se obligó á satisfacer el 31 de Diciembre de 1888, con el interés anual del 6 por 100 hasta el completo reintegro si llegada aquella fecha no hiciere el pago total:

Resultando que dado al juicio la tramitación correspondiente á dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte pronunció sentencia en 13 de Junio de 1898, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de primera instancia, que absolvió á D. Juan Alzurena de la demanda formulada contra el mismo por Doña Benigna Gutiérrez, sobre nulidad de las escrituras de 26 de Mayo de 1888, con expresa imposición á la demandante de todas las costas causadas:

Resultando que Doña Benigna Gutiérrez Riesgo ha interpuesto el recurso de casación por infracción de ley que autoriza el núm. 1.° del artículo 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando los siguientes motimos de casación:

Primero. El art. 1049 de dicha ley, porque si bien el 1060 del Código civil no exigige la aprobación judicial de las particiones en que tenga interés algún menor, este último no es aplicable al caso de autos, según la primera de las disposiciones transitorias del Código, por tratarse de derechos nacidos y de hechos realizados bajo el régimen de la legislación anterior; pero aunque así no fuera, se habría infringido el 165 del mismo Código, que exige el nombramiento de un defensor á los menores cuando el interés de éstos sea opuesto al de los padres:

Segundo. Los artículos 2011 y 2025 de la ley de Enjuiciamiento civil, también por falta de aplicación, en cuanto no ha mediado licencia judicial en el otorgamiento de la escritura de reconocimiento de crédito y obligación de pago hecha á favor de Alzurena por la recurrente, como madre y legal representante de su menor hija Valentina:

Tercero. El art. 4.° del Código civil, porque las escrituras de 26 de Mayo de 1888 se otorgaron faltándolas, á la primera la aprobación judicial, y á la segunda la licencia judicial, siendo por tanto nulas una y otra, sin que las convalide el hecho de haber fallecido la menor Valentina y haber seguido estos autos por sí la Doña Benigna Gutiérrez, pues lo que es nulo desde su origen, nulo sigue siéndolo, con arreglo al principio de derecho *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere,* corroborado por este Tribunal Supremo en repetidas sentencias, y entre otras, la de 6 de Mayo de 1887:

Cuarto. La ley 6.ª, tít. 10 de la Partida 6.ª, y los artículos 895 y 897 del Código civil, porque las escrituras de 26 de Mayo de 1888 fueron otorgadas por el testamentario Alzurena sin intervención del otro, Mata Zorita, no habiendo establecido el testador Fornesa en su disposición testamentaria la solidaridad de los albaceas:

Quinto. Las leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. 10 de la Partida 6.ª, y los ar-

tículos 901, 902 y 907 del Código civil, por cuanto el Alzurena no se atuvo á la voluntad del testador y á las facultades que en el testamento se le conceden al otorgar en su exclusivo beneficio las escrituras de 26 de Mayo de 1888; y

Sexto. La ley 8.ª, tít. 22 de la Partida 3.ª, que se ha infringido al imponer las costas á la recurrente, habiendo ésta demostrado las causas que invalidan las escrituras de que se trata, y no existiendo por tanto temeridad de su parte.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que como fundamentos jurídicos, entre otros, del fallo recurrido, establece la Sala sentenciadora que Doña Benigna Gutiérrez, madre y representante de la heredera, concurrió con plena capacidad y por su libre y espontánea voluntad al otorgamiento de las dos escrituras de 26 de Mayo de 1888, no habiendo oposición entre los derechos ó intereses de la madre y de la hija; que aquélla litiga hoy, por la muerte de ésta, con el carácter de heredera de D. Antonio Ingnacio Fornesa; que son doctrinas legales que los contratos no pueden dejarse sin efecto por la voluntad de uno solo de los contratantes, y que nadie puede ir contra sus propios actos; que en la hipótesis de que dichas escrituras adoleciesen de algún defecto, sería imputable á la Doña Benigna, que era quien debió procurar que se llenasen todas las formalidades; que no existe disposición legal que, por la no presentación de las operaciones á la aprobación judicial, anule la liquidación y partición de la herencia en que esté interesado un menor de edad; y que en la segunda de las escrituras de 26 de Mayo no se enajenaron, gravaron, ni transigieron derechos de la menor Doña Valentina Gutiérrez, limitándose los contratantes á reconocer y pactar la forma de pago del crédito de D. Juan Alzurena, crédito que por cierto había reconocido solemnemente el deudor Fornesa en la escritura de 7 de Enero del mismo año y había confesado de nuevo en su testamento;

Considerando que, sentado esto, no son de estimar los motivos primero, segundo, tercero y quinto, porque las infracciones en ellos supuestas, que algunas están contestadas con lo que se ha indicado, y otras se refieren á preceptos del Código civil, inaplicables al pleito de que se trata, serían ineficaces en todo caso para la casación de la sentencia, la cual está completamente justificada por los fundamentos que contiene, y de que se ha hecho mención:

Considerando que, con arreglo á lo que dispone la misma ley 6.ª, título 10, Partida 6.ª, citada en el motivo cuarto, por el hecho de que Don Juan Mata Zorita, que vive fuera de esta corte y no aparece que haya practicado gestión alguna como albacea, no concurriese al otorgamiento, no pueden invalidarse las escrituras otorgadas con las solemnidades de derecho por el otro albacea y por la representante legal de la heredera; y

Considerando, respecto del motivo sexto, que es jurisprudencia constante que por la declaración de temeridad de un litigante, que discrecionalmente aprecia el Tribunal sentenciador y que lleva consigo la imposición de costas, no puede recurrirse en casación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Benigna Gutiérrez Riesgo, á la que condenamos, si viniere á mejor fortuna, al pago de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará en su caso la aplicación prevenida en la ley; no hacemos especial imposición de costas, mediante haber comparecido sólo en este Tribunal Supremo la parte recurrente; y líbrese á la Audiencia

de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 21 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 75.—TRIBUNAL SUPREMO.—21 de Febrero, pub. el 18 de Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Pago de pesetas.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Nemesio Maeso contra el dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Alejo Peral y otros. En sus considerandos se establece:

Que según se dispone en el núm. 3.º de los arts. 1794 y 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios ejecutivos, por su naturaleza especial, no tiene lugar el recurso de casación en el fondo, habiéndose declarado reiteradamente por el Tribunal Supremo, que tampoco procede contra las resoluciones sobre alzamiento de los embargos ni contra las que recaen en incidentes promovidos en aquellos juicios.

Resultando que seguidos autos ejecutivos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte por D. Fernando Padilla y López contra D. Angel García Béjar y D. Eustaquio Ortiz Pinto sobre pago de pesetas, se adjudicaron al ejecutante, en parte de pago de la cantidad por que procedía, diferentes fincas de los ejecutados, de las cuales se puso en posesión á aquél por el Juzgado de primera instancia de San Lorenzo del Escorial, en cuyo partido radican, siendo también inscritas á su nombre en el Registro de la propiedad de aquel distrito:

Resultando que en dicho Juzgado de San Lorenzo del Escorial se siguen autos ejecutivos promovidos por D. Nemesio Maeso Hernández, como cesionario de los herederos de D. Inocente Romanillos, contra Don Alejo Peral López, de quien el D. Angel García Béjar y D. Eustaquio Ortiz Pinto, ejecutados por Padilla, habían adquirido las fincas adjudicadas al último:

Resultando que el D. Fernando Padilla, después de haber hecho constar en estos últimos autos, por medio de testimonio, la adjudicación de fincas hecha á su favor por el Juzgado del Hospital de esta corte y las demás circunstancias que quedan referidas, solicitó del Juzgado del Escorial, en escrito de 5 de Marzo del año anterior, se dejase sin efecto el embargo de frutos y rentas practicado á instancia del D. Nemesio Maeso en las indicadas fincas, pertenecientes ya al Padilla, y que dejase también sin efecto la administración judicial constituída, haciéndolo saber á las partes y al administrador, requiriendo á éste para que le hiciera entrega de todos los documentos referentes á la aludida administración.

ó la hiciera ante el Juzgado, con la oportuna liquidación final de cuentas, dentro del término que al efecto se le señalase:

Resultando que dada vista á las partes de esta pretensión, evacuó sólo el traslado la del ejecutante Maeso, quien en escrito de 9 de Abril interesó se desestimase lo solicitado por Padilla, imponiéndole las costas; y el referido Juzgado del Escorial, en auto de 15 de Mayo, declaró no haber lugar á acceder á las pretensiones deducidas en los autos ejecutivos que ante el mismo se siguen por la representación de D. Fernando Padilla López, sin hacer especial condenación de las costas causadas:

Resultando que el mismo D. Fernando Padilla, en nuevo escrito, fecha del siguiente día, 16, alegó, entre otras cosas: que una vez inscrita á su favor la adjudicación de las fincas, ha desaparecido de derecho el embargo de rentas, como ha desaparecido respecto de tales bienes la personalidad de D. Alejo Peral, por no ser ya éste dueño de ellos y sí Don Angel García y D. Eustaquio Ortiz, deudores del Padilla, y dedujo la súplica de que el Juzgado se sirviera reponer por contrario imperio, ó en la forma más procedente, el auto del 15 contra que recurrír, y que en su lugar se dictase el correspondiente en la forma pedida en su escrito de 5 de Marzo, y para el caso de que negare este recurso, se tuviera por interpuesto el de apelación; y conferido el oportuno traslado de ella á las partes, sin que tampoco lo utilizara más que la del D. Nemesio Maeso, éste, en escrito de 25 del propio mes de Mayo, solicitó se desestimase lo pretendido por Padilla, al que se le impusieran las costas por su malicia y temeridad notoria al recurrir de aquel auto, sin discutir ni refutar sus fundamentos, y el Juzgado, en otro auto de 28 también de Mayo, resolvió no haber lugar á reponer el del 15, según lo solicitado por D. Fernando Padilla, á quien impuso las costas del recurso; y no haber lugar tampoco á la apelación deducida subsidiariamente por el mismo, en virtud á no estar interpuesta dentro del termtno que la ley señala al efecto:

Resultando que contra el auto últimamente referido, fecha 28 de Mayo de 1898, el D. Fernando Padilla López interpuso apelación, que fué admitida en un efecto, citándose y emplazándose á las partes para ante la Audiencia del territorio de esta corte, en la que compareció sólo el apelante, á cuya instancia se mejoró la apelación; y tramitado el recurso, la Sección segunda de la Sala de vacaciones de la misma Audiencia, por auto de 6 de Septiembre último, revocó el apelado de 28 de Mayo, y declaró que deben entregarse á D. Fernando Padilla López los frutos y rentas de las fincas que le fueron adjudicadas por el auto de 12 de Noviembre de 1897, entendiéndose que dicha entrega debe hacerse desde la fecha de la posesión, ó sea desde 6 de Diciembre del mismo año, y con la limitación que contiene la misma adjudicación respecto á las fincas que fueron objeto de ella, para todo lo que sería requerido el administrador judicial ó la persona que haya percibido dichas rentas y frutos, á fin de que haga entrega al apelante de la documentación relativa á las fincas y le dé cuenta de sus productos durante el tiempo que queda señalado, sin hacer expresa condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que notificada esta resolución al Procurador de Padilla y en estrados á los no comparecidos, en 16 de dicho mes de Septiembre acudió el Procurador Gauna, en nombre de D. Nemesio Maeso Hernández, solicitando se tuviera al mismo por parte en los autos de referencia y que se le entregara testimonio del auto últimamente mencionado y de los de primera instancia, al efecto de interponer recurso de casación por infracción de ley, acordando la Sala segunda, en providencia de 28 tam-

bién de Septiembre, tener por parte al Maeso, y que se le expidiese el testimonio solicitado, comprensivo del auto referido de segunda instancia y de los del Juzgado fechas, 15 y 28 de Mayo:

Resultando que, en su virtud, el D. Nemesio Maeso y Hernández ha interpuesto el aludido recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.°, 2.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando para ello los siguientes motivos:

Primero. Infracción de la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 5 de Octubre de 1863 y 17 de Marzo de 1884, y del principio consignado en la de 12 de Noviembre de 1890 y otras, en relación con la ley 16, tít. 28, libro 11 de la Novísima Recopilación, vigente por no haberla derogado el art. 1976 del Código civil, y con el art. 1534 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto el auto recurrido desposee á D. Nemesio Maeso de las rentas embargadas, sin que haya sido oído y vencido en juicio por Padilla, y resuelve de plano y no por vía ordinaria una pretensión que, aparte de versar sobre el dominio de esa misma cosa, es á todas luces una *oposición* al embargo, para lo cual no podía emplear otra forma que la de tercería:

Segundo. Infracción igualmente de la ley 7.ª, tít. 10 de la Partida 3.ª, también en vigor por la causa ya expresada, y de la doctrina consignada por este Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Mayo de 1884, por cuanto resultando de los autos que D. Fernando Padilla, para conseguir el mismo fin de obtener el levantamiento de los embargos causados en las rentas y frutos de las fincas que fueron de D. Alejo Peral, ha entablado dos acciones distintas seguidas en pleitos también diferentes, cuyos actos contrarían el principio de *non bis in idem,* lo cual no permite la ley de Partida citada:

Tercero. Infracción del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil y de la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Abril de 1896, en cuanto la Sala sentenciadora, haciendo abstracción completa del punto litigioso para revocar el auto del Juzgado, entra en distingos de si el embargo fué hecho por una época determinada y no para otra, fundándose en estas cuestiones que no habían sido materia del pleito y que, por lo tanto, no han debido ser tratadas en el fallo recurrido; y

Cuarto. Error de derecho resultante de documentos y actos auténticos que demuestran la evidente equivocación del juzgador, puesto que la Sala sentenciadora afirma en los considerandos de la sentencia recurrida que no hay persona que alegue derecho alguno sobre los frutos y rentas de los bienes acerca de los cuales versa el litigio, siendo así que en el resultando sexto del auto de 15 de Mayo, y en el tercero del de 28 del mismo mes, aceptados por el fallo recurrido, consta, especialmente en el último, que al oponerse el recurrente á las pretensiones de Padilla, lo hizo suscitando, entre otras cuestiones, la de denegar la identidad entre las fincas embargadas en los autos ejecutivos seguidos contra Peral y las adjudicadas á aquél:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que, según se dispone en el núm. 3.° de los artículos 1794 y 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios ejecutivos, por su naturaleza especial, no tiene lugar el recurso de casación en el fondo, habiéndose declarado reiteradamente por este Tribunal Supremo que tampoco procede contra las resoluciones sobre alzamiento de los em-

bargos ni contra las que recaen en incidentes promovidos en aquellos juicios; y

Considerando que el auto recurrido es incidental del pleito ejecutivo que hoy está en la vía de apremio incoado contra D. Alejo Peral López por el recurrente D. Nemesio Maeso, como lo reconoce la representación de éste al consignar que el alcance y efectos del citado auto consisten en que quede alzado el embargo y se entreguen los bienes al que sin haber contraído responsabilidad alguna aparece como dueño legítimo de ellos;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Nemesio Maeso Hernandez, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 21 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Núm. 76.—TRIBUNAL SUPREMO.—21 de Febrero, pub. el 25 de Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Derecho á bienes de capellanía* —Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona, en pleito con D. Silvestre Izco y otros.

En su considerando único se establece:

Que con arreglo al núm. 3.º del art. 1729 de la ley procesal, y según lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1694, no es susceptible del recurso de casación, dada la naturaleza del juicio, la sentencia dictada en el universal sobre declaración de derecho á los bienes de unas capellanías, y en cuyo fallo se reserva el derecho á una de las partes para ejercitarlo en vía ordinaria, si le conviniere.

Resultando que D. Silvestre Izco y Lizana, marido y representante legal de Doña María Jesús Arellano y Montero; D. Salustiano Monleón y Jaén, marido de Doña Felisa Hermógenes Jiménez; D. Andrés Casimiro Monleón y Barberín, D. Toribio Monleón y Baquedano y D. Félix Lazcano y Ruiz, promovieron juicio universal ante el Juez de primera instancia de Estella, solicitando se declarara que la mitad de los bienes que componían las cinco capellanías merelegas, fundadas en Arróiz, provincia de Pamplona, por D. Bernardo Nagusia, en escritura de 6 de Noviembre de 1720, se habia hecho libre en los que las poseían en 30 de Agosto de 1836, y la otra mitad en sus inmediatos sucesores, y que en su consecuencia, como sucesores de éstos, se les adjudicaran dichos bienes en propiedad y por iguales partes:

Resultando que publicados los correspondientes edictos sin que se presentara persona alguna á usar de su derecho, se pasaron los autos al Abogado del Estado, que reconoció el derecho en los demandantes á la mitad reservable de los bienes de las cinco capellanías; se opuso á la adjudicación de los de la parte libre, por no haber justificado su parentesco con los respectivos poseedores al restablecimiento de la ley de 30

de Agosto de 1836, y suplicó, entre otros extremos, se acordara que los interesados hicieran uso de su derecho en la vía ordinaria:

Resultando que sustanciado el pleito por todos sus trámites, la Sala de lo civil de la Audiencia de Pamplona dictó sentencia en 5 de Octubre próximo pasado, declarando, en cuanto es esencial, que la mitad reservable de los bienes de las cinco capellanías merelegas, fundadas por D. Bernardo Nagusia, pertenecían á los demandantes, á los que se les adjudicaban por iguales partes; en cuanto á los de la mitad libre, que las cuatro quintas partes pertenecían á D. Toribio Monleón, Doña Felipa Hermógenes Jiménez, D. Andrés Casimiro Monleón y Doña María Jesús Arellano, á quienes se les adjudicaba en igual forma; y que Don Félix Lazcano y Ruiz no había justificado su pretendido derecho hereditario á la quinta parte restante, pudiendo ejercitarlo en la vía ordinaria:

Resultando que el Abogado del Estado interpuso recurso de casación por infracción de ley, y opuesto á su admisión el Ministerio fiscal, mandó la Sala traer los autos á la vista con las citaciones correspondientes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que hecha en la sentencia recurrida la reserva de derecho á la mitad libre de los bienes de la capellanía de que se trata en el recurso á favor de D. Félix Lazcano, para que lo ejercite en vía ordinaria, si le conviniere, de acuerdo con lo prescrito en el art. 1114 de la ley de Enjuiciamiento civil, es evidente que dicha sentencia, dada la naturaleza del juicio en que ha recaído, no es susceptible del recurso de casación, según lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1694, y por tanto, inadmisible el presente, con arreglo al núm. 3.º del 1729 de la repetida ley procesal;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Abogado del Estado, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de Pamplona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido, y publíquese este auto en la forma prevenida en la ley.

Madrid 21 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. =Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.= Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 77.—**TRIBUNAL SUPREMO.—22 de Febrero, pub. el 11 de Marzo.**

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal del distrito de la Plaza de Valladolid la suscitada con el de igual clase de Anguix, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. José Picatoste contra D. Angel Maeso.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la competencia en los procedimientos á que dan origen las acciones personales, se determina, en primer término, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el lugar en que la obligación deba cumplirse:

Que es regla de derecho establecida en el art. 1500 del Código civil, que el precio debe pagarse en el lugar donde se verifica la entrega de la cosa vendida, á menos que se pactara otro distinto.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Febrero de 1899, en la competencia que pende ante Nos, por virtud de inhibitoria propuesta por el Juzgado municipal de Anguix (partido judicial de Roa, provincia de Burgos) al de igual clase del distrito de la Plaza de Valladolid en el conocimiento del juicio verbal deducido ante el último por D. José Picatoste Agero, vecino y comerciante de esta última capital, contra D. Angel Maeso Ballesteros, vecino é industrial de Anguix, sobre pago de pesetas; no habiendo comparecido ninguna de las partes en este Tribunal Supremo:

Resultando que D. José Picatoste Agero dedujo en 6 de Septiembre de 1898, ante el Juzgado municipal del distrito de la Plaza de Valladolid, demanda verbal contra D. Angel Maeso Ballesteros, para que le pagase 127 pesetas, resto de cuenta procedente de géneros que llevó de su comercio, haciendo constar ha sido rehabilitado y que el deudor no se opuso á la reclamación que los síndicos de la quiebra le hicieron, según aparece del estado de créditos y de los libros que con arreglo á ley están en su poder:

Resultando que citado D. Angel Maeso para la celebración del juicio por medio de oficio dirigido al Juez municipal de Anguix, promovió ante éste cuestión de competencia por inhibitoria, fundada en el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, por tratarse de una acción puramente personal; y oído el Ministerio fiscal, el Juez municipal dictó auto en 16 de Septiembre último, declarando haber lugar á la inhibitoria propuesta, citando en su apoyo, como único fundamento legal, la regla 1.ª del mencionado art. 62:

Resultando que recibido en el Juzgado municipal de la Plaza de Valladolid el requerimiento de inhibición, se dió vista al demandante, que lo impugnó, sosteniendo que siendo aquella ciudad el lugar del contrato, es obligación ineludible por parte del demandado el someterse al Juzgado de la misma, puesto que se trata de compraventa de géneros hecha por el demandado en el comercio que en dicha plaza tenía establecido el demandante, y que allí se ha de realizar el pago, según determina la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; que en los contratos de compraventa, como lo es el que da origen á la reclamación de que se trata, es Juez competente el del lugar donde el contrato se perfeccionó y consumó; y por último, que si en la venta de géneros no se fijó lugar para la entrega del precio, se entiende que ha de ser el mismo en que se vendieron, según lo tiene acordado este Supremo Tribunal en sentencia de 22 de Febrero de 1884:

Resultando que de conformidad con el dictamen del Ministerio fiscal, pronunció el Juzgado de Valladolid en 27 de Septiembre del mismo año auto rechazando la inhibitoria y sosteniendo su competencia para seguir conociendo del juicio entablado, fundándose sustancialmente que en la demanda interpuesta por D. José Picatoste Agero se ejercita la acción personal que el contrato de venta produce en favor del vendedor para obtener el precio de la cosa vendida; que siendo aquella ciudad el lugar del contrato, en ella queda obligado á satisfacer el comprador el precio convenido; y que, á mayor abundamiento, el art. 1500 del Código civil terminantemente prescribe que, si no se hubiera fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga entrega de la cosa vendida:

Resultando que el Juez municipal de Anguix insistió en la competencia, y en su virtud, remitieron ambos Juzgados sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes, y se sustanció la expresada competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín.

Considerando que la competencia en los procedimientos á que dan origen las acciones personales se determina en primer término, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el lugar en que la obligación deba cumplirse:

Considerando que á tenor de los hechos alegados en la demanda, no contradichos por el demandado al proponer la inhibitoria de jurisdicción, la cantidad reclamada en ella se pretende que procede de la venta de unos géneros realizada en Valladolid en el establecimiento comercial del actor; y partiendo de tal supuesto, es indudable que al Juez municipal del distrito de la Plaza de esta ciudad corresponde el conocimiento del juicio iniciado, porque es regla de derecho establecida en el art. 1500 del Código civil que el precio debe pagarse en el lugar donde se verifica la entrega de la cosa vendida, á menos que se pactara otro distinto, lo que no consta tuviera efecto en el caso actual;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juzgado municipal del distrito de la Plaza de Valladolid, al que se remitan todas las actuaciones, poniéndose esta resolución en conocimiento del de igual clase de Anguix.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 22 de Febrero de 1899.=Por el Escribano Montes, Hilario María González y Torres.

Núm. 78.—TRIBUNAL SUPREMO.—22 de Febrero, pub. el 18 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Sociedad universal de ganancias.* —Auto declarando no haber lugar á la admision del recurso interpuesto por Doña Antonia González contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en pleito con D. Vicente González y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la ley procesal, es inadmisible el recurso cuyos motivos se basan en apreciaciones de prueba contrarias á las que en la sentencia recurrida se hacen:

Que la prueba testifical es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora contra la cual no cabe el recurso de casación:

Que son inadmisibles los motivos del recurso en que se alega que en la apreciación de las pruebas se ha cometido error de derecho, si para demostrarlo se citan leyes impertinentes al caso, referentes á documentos vagamente designados, sin concretar y explicar los supuestos errores en los términos que la ley dispone:

Que aisladamente no puede apreciarse un solo elemento de prueba.

Resultando que Doña Antonia González Redondo y Basanta promovió en 27 de Agosto de 1896, ante el Juzgado de primera instancia de

Mondoñedo, demanda ordinaria en juicio declarativo de mayor cuantía contra sus hermanos D. Vicente y D. Antonio González Redondo y Basanta, solicitando se declarase que la demandante desde los catorce años vivió en Sociedad universal de ganancias con los demandados, con sus otras hermanas Doña Josefa, Doña Claudia, Doña Carmen y Doña Pascuala González Redondo y Basanta, y con la madre común, Doña Rosa Basanta, hasta que ésta falleció, contrajo matrimonio la Doña Carmen y se separó de la Sociedad D. Vicente; mandar se liquiden y adjudiquen á cada uno de los siete hermanos por partes iguales las ganancias habidas durante la mencionada Sociedad; y que se practique además la división de los bienes que tienen también en comunidad procedentes de sus padres, abuelos paternos y legado de D. Antonio Lozas; y condenando, en su virtud, á los D. Vicente y D. Antonio González Redondo á la liquidación, división y adjudicación indicadas, y en las costas:

Resultando que al evacuar el traslado de contestación, D. Antonio González Redondo se allanó á la demanda, la cual se entendió, por consiguiente, sólo con el otro demandado D. Vicente González Redondo:

Resultando que sustanciado el juicio por los trámites correspondientes á dos instancias, dictó sentencia el Juzgado en 26 de Julio de 1897, por la que se declaró no haber lugar á la demanda deducida por Doña Antonia González Redondo y Basanta en lo tocante al reconocimiento, liquidación y adjudicación de la Sociedad familiar universal de ganancias, y absolvió en este punto de la misma al demandado D. Vicente González Redondo y Basanta, y la estimó en lo relativo á la división de los bienes poseídos en común por la Doña Antonia y sus hermanos el D. Vicente, D. Antonio, Doña Josefa, Doña Claudia, Doña Carmen y D. Pascual González Redondo y Basanta, como herederos de sus padres y abuelos paternos y legados por D. Antonio Lozas, sobre cuyo extremo hizo varias declaraciones, con reserva á la demandante Doña Antonia González Redondo de las acciones de que se supone asistida y sin hacer especial imposición de costas; confirmando en todas sus partes este fallo la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Coruña en otra sentencia de 4 de Noviembre último, que impuso á la demandante y apelante las costas de la segunda instancia:

Resultando que Doña Antonia González Redondo y Basanta ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando como motivos:

Primero. Infracción de la ley 1.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, que es la ley única; tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, reflejada en los arts. 1254 y 1258 del Código civil, en cuanto el fallo de la sentencia recurrida absuelve sobre el extremo de declaración de existencia de la Sociedad familiar universal de ganancias, porque supone que el contrato de Sociedad debió constar en documento ó de un modo muy ostensible y expreso:

Segundo. Infracción también de las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª, 6.ª y 12 del título 10 de la Partida 5.ª; de la ley 47, tít. 28 de la Partida 3.ª; de las leyes 78 y 79, tít. 18 de la misma Partida; de la 26, tít. 12 de la Partida 5.ª, y de la 22, tít. 11, también de la Partida 5.ª, y de las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de Enero de 1865, 14 de Febrero de 1870, 2 de Enero de 1884 y 17 de Noviembre de 1894; cuyas leyes definen y dan el alcance del contrato de Sociedad, la cual existe donde consta el consentimiento, *aunque sea tácito*, y en cuanto la sentencia recurrida deniega la declaración de existencia de la Sociedad familiar González Redondo,

porque no se tradujo en documento y porque existen algunos levísimos hechos algo anormales, segúncriterio del mismo juzgador:

Tercero. Infracción igualmente de la ley 6.ª, tít. 2.º de la Partida 1.ª; de la 1.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, y de las sentencias de este Supremo Tribunal de 26 de Septiembre de 1860, 6 de Junio de 1867, 25 de Junio del propio año y otras, en concordancia con los artículos 6.º, párrafo 2.º; 12, párrafo 2.º, y 1976 del Código civil; por cuanto todas las condiciones que estas leyes y jurisprudencia exigen se cumplen en la Sociedad de autos, según las pruebas y según los hechos aceptados por la Sala sentenciadora, con más la circunstancia de que el consentimiento para constitución de la Sociedad fué expreso y ostensible en todo el tiempo que duró:

Cuarto. Infracción asimismo de las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. 13 de la Partida 3.ª, y de las sentencias de este Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1876, 16 de Abril de 1886, 7 de Marzo de 1878 y 13 de Noviembre de 1876; pues si, según ellas, la confesión en juicio constituye prueba plena, por ser la más perfecta de las probanzas, por la de dicha clase, practicadas en el juicio, resulta justificada *à priori* y *à posteriori* la existencia de la Sociedad familiar discutida:

Quinto. Infracción, por último, del art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil y de las leyes 28, 29, 32, 40 y 41 del tít. 16 de la Partida 3.ª, toda vez que con un breve examen de la prueba se ve que testigos no tachados ni tachables, imparciales, probos y capaces, han probado la existencia de público de la Sociedad familiar origen del pleito:

Sexto. Error de derecho en la apreciación de las pruebas, consistente, entre otros conceptos, en que la Sala sentenciadora supone que para tener fuerza civil de obligar el contrato de Sociedad, que ella misma acepta existió, era necesario estuviese concebido en documento revestido de solemnidades especiales, infringiéndose con ello la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la 1.ª y 3.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª y otras disposiciones legales; y

Séptimo. Error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos y de actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, pues al resultar de ellos hechos demostrativos *à priori* y *à posteriori* de la Sociedad familiar de ganancias, tuvo que declararse la existencia de la misma, y al no hacerlo así hubo el error de hecho antes citado, infringiéndose, por el respectivo á la prueba testifical, el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil y las reglas de la sana crítica consignadas en las leyes 28, 29, 30, 40 y 41, tít. 16 de la Partida 3.ª:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que los cuatro primeros motivos del recurso se basan en apreciaciones de prueba contrarias á las que en la sentencia recurrida se hacen, pues se da por justificada la existencia de la Sociedad universal familiar, mientras que en la sentencia se afirma que ni expresa ni tácitamente, contra la voluntad en la familia González de establecer dicha Sociedad, y que antes bien ofrecen los autos valiosos elementos y antecedentes que revelan lo contrario, lo cual hacen inadmisibles dichos motivos por infracción de las leyes y jurisprudencia invocadas en los mismos, con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la ley procesal, como igualmente es inadmisible el quinto motivo, por referirse á la prueba testifical y ser ésta de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, contra la cual no cabe el recurso de casación:

Considerando que en el sexto motivo se alega que en la apreciación de pruebas se ha cometido error de derecho, citando para demostrarlo leyes impertinentes al caso; y aunque se invocan algunas relativas al valor de aquéllas, las refieren á documentos vagamente designados, sin concretar y explicar los supuestos errores en los términos que la ley dispone, aparte de que tampoco en las sentencias se desconoce la eficacia legal de dichos documentos, apreciados con las demás pruebas por el Tribunal sentenciador, por lo cual es inadmisible este motivo:

Considerando que en el motivo séptimo se alega error de hecho cometido en la sentencia, y se pretende demostrarlo con lo declarado y confesado por el demandado en la absolución de posiciones, con lo declarado por varios testigos y por referencias vagas á determinados documentos, con lo que es evidente que no se llenan las condiciones legales necesarias para poder estimar tal infracción, ya porque aisladamente no puede apreciarse un solo elemento de prueba, ya por la razón antes indicada en cuanto á lo testifical, ya porque respecto de los documentos no se concreta la parte que en los mismos demuestre el error de hecho, ni que sea éste de tal naturaleza que desvirtúe ó anule el resultado de todo en conjunto de aquéllo, por todas cuyas razones es también inadmisible dicho motivo, según el núm. 9.º del art. 1729 de la ley procesal ya citada;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por Doña Antonia González Redondo y Basanta, sin hacer imposición de costas, por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte litigante; líbrese á la Audiencia territorial de Coruña la correspondiente certificación, devolviéndole el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 22 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=El Relator, Marcelino San Román.=Por el Escribano Montes, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 79.—TRIBUNAL SUPREMO.—23 de Febrero, pub. el 18 de Marzo.

Casación por infracción de ley.—*Retracto.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Niceto Fuente contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, en pleito con D. Pablo García.

En sus considerandos se establece:

Que no son de estimar en casación los motivos del recurso que contradicen sin el debido fundamento los hechos establecidos por la Sala sentenciadora:

Que el conocimiento de la infracción del art. 1618 de la ley procesal, referente al trámite de admisión de las demandas de retracto, no corresponde al recurso por infracción de ley:

Que la suposición de que el muro, cerca ó árboles existentes entre dos heredades se equiparan á las vías, corrientes, barrancos ó servidumbres que la separan, sobre ser contraria á la naturaleza de las cosas, es también opuesta á la expresión del art. 1523 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Febrero de 1899, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Cervera de Río Pisuerga

y la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, por D. Pablo García Mediavilla, Presbítero, contra D. Niceto Fuente Becerril, labrador, vecinos de Picón de Ojeda, sobre retracto de una finca colindante; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el D. Niceto Fuente, representado por el Procurador D. José María Cordón y Estecha y defendido por el Licenciado D. Telesforo Maroto; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida:

Resultando que según una certificación expedida por el Registrador de la propiedad de Cervera de Río Pisuerga, con referencia á los libros de la oficina de su cargo, D. Niceto Fuente Becerril, por escritura autorizada en Valladolid el 18 de Septiembre de 1896, adquirió por compra de Doña Inocencia San José García, con intervención de su esposo Don Nemesio Gatón Mencía, en el precio de 500 pesetas, una finca rústica, situada en el término de Pisón de Ojeda á las Arenas, de una fanega de cabida, lindante: por Saliente, con tierra de Julián Fraile; por Mediodía, con camino público; por Poniente, con huerto de Bruno Miguel, y por Norte, con el río, hallándose cercada en parte; habiendo sido inscrito el mencionado documento el 16 de Octubre siguiente:

Resultando que D. Pablo García Mediavilla, con fecha 23 del citado mes de Octubre de 1896, formuló ante el Juzgado de primera instancia de Cervera de Río Pisuerga demanda de retracto, con la súplica de que se declarase haber lugar á él y se condenara á D. Niceto Fuente Becerril á otorgarle la correspondiente escritura de retroventa, y al pago de costas.

Resultando que alegó el D. Pablo García como fundamentos de su demanda: haber comprado D. Niceto Fuente á D. Nemesio Gatón el 18 de Septiembre anterior, por 500 pesetas, una finca de una fanega de cabida, equivalente á 67 áreas y ocho centiáreas, que lindaba al Saliente con Julián Fraile; al Mediodía, con camino público; al Norte, con el río, y al Poniente, con huerto de Bruno Miguel, y una tierra del demandante de dos celemines y medio de cabida, equivalentes á tres áreas y 36 centiáreas, con la que hasta entonces había formado una sola finca; citó los arts. 1523 del Código civil y 1618 de la ley de Enjuiciamiento; consignó 560 pesetas como importe de la venta y gastos, comprometiéndose á no vender durante cuatro años la finca objeto del retracto; y presentó, entre otros documentos, la certificación del Registro de la propiedad de que ya se hizo mérito:

Resultando que D. Niceto Fuente Becerril pidió al contestar la demanda se le absolviera de ella é impusieran las costas al actor, alegando al efecto: no ser cierto que hubiera comprado finca alguna á D. Nemesio Gatón; poseer una en término de Pisón, que lindaba al Norte, con el río; al Mediodía, con camino de servidumbre; al Poniente, con huerto de Bruno Miguel, tierra de Vicente Martín y casas de Valentín Miguel é Isidro Roscales; y al Levante, con tierras de Francisco Ruiz y de Francisco Fraile; la cual, que tenía una cabida de 68 áreas y 49 centiáreas, había adquirido de D. Vicente Martín y D. Inocencio San José el 4 y 18 de Septiembre de aquel año 1896; ignorar el demandado que D. Pablo García fuese dueño de ninguna de las fincas colindantes á la descrita, pues la certificación del Registrador no lo señalaba en ninguno de los linderos, aparte de que con la demanda no presentaba título alguno que así lo acreditase; y no poder prosperar el retracto, aun en el supuesto de que el actor hubiese adquirido parte de la finca de Bruno Miguel, porque se trataba de un huerto separado de la del demandado por una cerca en que existían árboles y cortes de otros como servidumbre en provecho

del mencionado huerto; y citó los arts. 521, 1523 y 1280 del Código civil, y 23, en relación con los 2.° y 3.°, de la ley Hipotecaria:

Resultando que recibidos los autos á prueba, ambas partes utilizaron la de confesión en juicio y testifical, declarando el demandante al absolver posiciones ser cierto que el huerto de Bruno Miguel, de que era dueño, se hallaba separado de la tierra de D. Niceto Fuente por una cerca de piedra, árboles y cortes de otros; que D. Niceto Fuente no había comprado finca alguna á D. Nemesio Gatón; y que el declarante no tenía título alguno de la finca comprada á D. Bruno Miguel, haciendo menos de diez años que la llevaba en renta:

Resultando que seguido el juicio por los trámites de dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, en 11 de Octubre de 1897, dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, por la que, imponiendo las costas de la alzada al apelante, y sin hacer expresa condena de las de primera instancia, se declara haber lugar á la demanda de retracto interpuesta por D. Pablo García Mediavilla, y se condena á Don Niceto Fuente Becerril á que otorgue á favor de aquél la correspondiente escritura de retroventa:

Resultando que D. Niceto Fuente Becerril ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 1523, párrafo 1.°, del Código civil, por aplicación indebida, puesto que en el caso de autos no existe el propietario de tierras colindantes á la finca objeto de la escritura de compraventa á que el citado artículo se refiere, sin que aparezca en ninguna parte el título que justifique tal carácter; siendo cosas bien distintas la propiedad y el dominio de la posesión, usufructo y colonia, únicos caracteres con que en el pleito se ha demostrado el demandante; no teniendo aplicación al caso el art. 1618, núm. 3.°, de la ley de Enjuiciamiento civil, por ser ésta muy anterior al Código, en el que por primera vez aparece el retracto de colindantes y, por lo tanto, las disposiciones de aquélla se refieren á la de comuneros:

Segundo. El mismo art. 1523 del Código, en su párrafo 2.°, por cuanto la finca de cuyo retracto se trata se encuentra comprendida en la exclusión, que establece: desde el momento en que se halla comprobada la existencia de un muro, de árboles y de troncos, y además el desnivel que existe entre ambas fincas, se opone y dificulta su unión; y

Tercero. El art. 448 del citado Código, también por aplicación indebida, pues desconoce la Sala sentenciadora su verdadero espíritu, alcance y valor, ya que si tiene eficacia para amparar al poseedor en concepto de dueño, protegiéndole con la presunción legal de que posee con justo título, cuando, como ocurre en el caso de autos, se apela á un derecho restrictivo, semejante disposición no puede tener el valor y alcance que en la sentencia recurrida se le reconoce; porque tal cosa equivaldría á otorgar á la posesión una fuerza que no tiene, conforme á los principios de justicia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que el primer motivo del recurso no es apreciable en lo que se refiere al art. 1523 del Código civil, porque contradice sin el debido fundamento el hecho establecido por la Sala sentenciadora de que García Mediavilla es dueño de la finca colindante; y no lo es tampoco en cuanto á la inconexa alegación del art. 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, referente á la admisión de la demanda, por ocuparse de un trámite procesal no correspondiente al recurso por infracción de ley, único entablado:

Considerando que el segundo motivo se funda en la suposición de que el muro, cerca ó árboles existentes entre dos heredades se equiparan á las vías, corrientes, barrancos ó servidumbres que las separan, y que esto, sobre ser contrario á la naturaleza de las cosas, es también opuesto á la expresión del mismo art. 1523, cuyo párrafo 2.° se invoca en este motivo; y

Considerando que el tercero y último, además de contradecir como el primero el hecho referente á la propiedad afirmado por la Audiencia, pretende que al aplicar el art. 448 del Código civil se establezcan distinciones que no autorizan su espíritu ni su letra;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Niceto Fuente Becerril, á quien condenamos, si viniere á mejor fortuna, al pago de la cantidad de 83 pesetas 33 céntimos, por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; no hacemos imposición de costas mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo parte recurrida; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la oportuna certificación, acompañada del apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 23 de Febrero de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 80.—TRIBUNAL SUPREMO.—24 de Febrero, pub. el 18 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Auto declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Angel y D. Isidoro Maza contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en incidente del juicio de abintestato de D. Tomás Travado.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que la infracción de las leyes adjetivas que regulan la tramitación en los juicios civiles, sólo puede dar lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos á que se refiere el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, y siendo, por lo tanto, improcedente el de infracción de ley cuando sólo se citan como infringidos los artículos de la ley procesal, que son de puro trámite y no se refieren directa ni indirectamente á la cuestión de fondo debatida en el pleito, dicho recurso es de todo punto inadmisible, conforme á lo prevenido en el núm. 5.° del art. 1729 de dicha ley.

Resultando que promovido ante el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia, por D. Angel y D. Isidoro Maza y Ocaña, en demanda de 22 de Septiembre de 1894, incidente sobre que se les declarase con opción á los beneficios de la pobreza para litigar en el juicio de abintestato de D. Tomás Travado, se tramitó en dos instancias

dicho incidente, recayendo en 1.º de Febrero de 1897 sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, por la que, con revocación de la del enunciado Juzgado, declaró no haber lugar á la defensa en concepto de pobres solicitada por los expresados demandantes:

Resultando que D. Angel y D. Isidoro Maza y Ocaña, después de utilizar, sin éxito, el recurso de casación por quebrantamiento de forma, han interpuesto el de infracción de ley, alegando para fundarle la de los arts. 306, 307 y 754 de la de Enjuiciamiento civil, y el Ministerio fiscal se ha opuesto á que se admita.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que la infracción de las leyes adjetivas que regulan la tramitación en los juicios civiles, sólo puede dar lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos á que se refiere el artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, y siendo, por lo tanto, improcedente el de infracción de ley cuando, como sucede en el presente recurso, sólo se citan como infringidos los artículos de la ley procesal, que son de puro trámite y no se refieren directa ni indirectamente á la cuestión de fondo debatida en el pleito, dicho recurso es de todo punto inadmisible, conforme á lo prevenido en el núm. 5.º del art. 1729 de dicha ley;

No ha lugar á admitir el mencionado recurso interpuesto por D. Angel y D. Isidoro Maza y Ocaña, á quienes se condena al pago de las costas; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Valencia, devolviéndola los autos que remitió, y publíquese el presente según previene la ley.

Madrid 24 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.= Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.=Ante mí, Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 81.—TRIBUNAL SUPREMO.—24 de Febrero, pub. el 19 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de testamento.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Rosario Martel contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña Sofía Martel.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la prueba admisible en la segunda instancia ha de ser referente á hechos ocurridos posteriormente al término de proposición en la primera ó ignorados por la parte en aquella fecha:

Que no reuniendo estas circunstancias, procede denegar dicha prueba, y no puede fundarse en ello recurso de casación por quebrantamiento de forma con arreglo al art. 1693, caso 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Febrero de 1899, en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta capital y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, en virtud de demanda de Doña María del Rosario Martel y Moscoso contra Doña Sofía Martel y Serrano, representada por su marido D. Adolfo Merelles, vecinas ambas de esta corte, sobre nulidad de testamento; pleito pendiente ante Nos, en recurso

de casación por quebrantamiento de forma, con protesta para el de infracción de ley, que ha interpuesto la demandante, representada por el Procurador D. Daniel Doze y defendida por el Licenciado D. Francisco Bergamín; estándolo la demandada por el Procurador D. José Nieto Cañadas y el Letrado D. Eduardo Cobián:

Resultando que el Procurador D. Pedro Mariano Palacios, á nombre y representación de Doña María del Rosario Martel y Moscoso, dedujo en 3 de Julio de 1896 demanda de inoficioso testamento, repartida al Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta corte, contra Doña Sofía Martel y Serrano, casada con D. Adolfo Merelles, solicitando se declarase en su día nula y sin ningún valor ni efecto legal la institución de heredera hecha por D. Eduardo Martel Serrano en testamento de 6 de Febrero del mismo año 96 á favor de su hermana la citada Doña Sofía, é inoficiosas y excesivas las mandas y legados que del mismo testamento aparecen en cuanto no quepan dentro de la tercera parte del caudal relicto, declarando igualmente que la actora, como hija legítima y única del testador, es su heredera forzosa abintestato en las dos terceras partes del referido caudal, alegando en apoyo de tales pretensiones los siguientes hechos: que la Doña María del Rosario Martel y Moscoso nació en Madrid el día 24 de Marzo de 1870 y fué bautizada en la parroquia de San José, siendo hija legítima de legítimo matrimonio de Don Eduardo Martel Serrano y de Doña Purificación Moscoso y Adesa, según justificaba la certificación de su partida bautismal que al efecto acompañaba; y que D. Eduardo Martel, viudo ya de Doña Purificación Moscoso, falleció en esta corte el 7 de Febrero de 1896, bajo testamento que había otorgado el día anterior, y en el cual, olvidándose por completo de su única hija y heredera forzosa la Doña María del Rosario, instituyó por heredera á su hermana Doña Sofía Martel y Serrano:

Resultando que admitida la demanda, se dió traslado de ella á Doña Sofía Martel Serrano, que, representada por su esposo D. Adolfo Merelles, compareció por medio del Procurador D. José Nieto Cañadas, el que con fecha 18 de Agosto de 1896 la contestó, exponiendo sustancialmente: que era cierto que D. Eduardo Martel Serrano y Doña Rosario Concepción Moscoso habían contraído matrimonio el día 12 de Junio de 1868, siendo cierto también que el primero, viudo ya de la segunda, falleció en Madrid el 7 de Febrero de 1896, bajo el testamento que el día antes de su muerte había otorgado ante el Notario de esta capital D. Francisco Moya, instituyendo por única y universal heredera á su hermana Doña Sofía Martel Serrano; que es completa y totalmente contrario á la verdad y exactitud de los hechos que D. Eduardo y Doña Rosario Concepción hubiesen tenido de su matrimonio hijo alguno, por lo cual redargüía de civilmente falsa la partida de bautismo que con la demanda se presentó; y que la demandante es hija de Doña Guadalupe, Josefa ó Josefina Moscoso y de la Dehesa, siempre se llamó Rosario Moscoso de la Dehesa, vivió constantemente con su citada madre, y ya estaba casada con Don Emilio Ramón Carbonell en 1890:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes litigantes en sus respectivas pretensiones, dando por reproducidos los hechos de la demanda y la contestación, si bien ampliándolas en sentido que no alteran la índole y naturaleza de la cuestión planteada en el debate; y recibido el pleito á prueba, se practicó la documental, pericial y de testigos, resultando demostrados de esta última, según apreciación que hizo el Juzgado y aceptó más tarde la Sala en segunda instancia, los hechos de no haber tenido sucesión el matrimonio Martel; de haberse tenido siempre como hija de Doña Josefa ó Josefina Moscoso á la

demandante; y que ésta nunca había sido conocida con el apellido Martel:

Resultando que unidas las pruebas á los autos y evacuados por las partes los traslados de conclusión, el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta corte pronunció en 27 de Octubre de 1897 sentencia, declarando: primero, que la partida de bautismo presentada en estos autos y que sirve de fundamento á la demanda, así como la prueba aducida por la parte demandante, no es bastante para justificar la filiación legítima de dicha demandante; segundo, que es válido y arreglado á derecho el testamento otorgado por D. Eduardo Martel y Serrano en 6 de Febrero de 1896, y en su virtud, que no ha lugar á declarar la nulidad de la institución de heredero hecha en aquél en favor de su hermana Doña Sofía Martel, ni oficiosas y excesivas las mandas y legados que del mismo testamento aparecen, ni á hacer la declaración de que la demandante, como hija legítima y única del testador, es su heredera forzosa abintestato, por todo lo que debía absolver y absolvió de la demanda á la demandada Doña Sofía Martel, sin hacer expresa condenación de costas; mandando que luego de ser firme la sentencia se remitan los autos al Fiscal de la Audiencia, á fin de que, si lo cree procedente, entable las acciones penales que juzgne arregladas á derecho:

Resultando que de esta sentencia interpuso apelación para ante la Audiencia del territorio Doña María del Rosario Martel y Moscoso, la que al evacuar el traslado de instrucción en escrito de 8 de Marzo último, y al amparo del núm. 2.º del art. 506 y 4.º del 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, solicitó se le admitiese una carta dirigida por Doña Purificación Moscoso á su hermana Josefina, la cual estimaba medio probatorio de importancia que justificaba las disensiones del matrimonio Martel, negadas de contrario, y de las que no tuvo conocimiento hasta después de recibidos los autos á prueba en primera instancia; é igualmente solicitó por otrosí del mismo escrito que la Sala se sirviese admitir prueba testifical encaminada á demostrar el lugar y forma de su nacimiento, toda vez que hasta después de practicada la prueba del Juzgado no supo y así lo juraba, que D. José Hariza, y su esposa Doña Luisa Moscoso, Médico aquél, ejerciente en Madrid á la sazón; Doña Dorotea Porquera, Comadrona, y Doña Emilia Muñoz Spencer y D. Juan Gómez hubieran asistido al parto de Doña Purificación Moscoso, al nacer la Doña María del Rosario Martel y Moscoso; á impugnadas una y otra pretensión por el Procurador Nieto, en nombre de Doña Sofía Martel, declaró la Sala, por auto de 30 de Abril, no haber lugar al recibimiento de la prueba pretendida por el Procurador Doze (antes Palacios), en representación de la parte apelante, teniéndose presente en definitiva la carta por el mismo presentada para la resolución que se estime procedente por considerar al efecto: en primer término, que la presentación de documentos en el estado actual del procedimiento, por estimarse que aquél se halla comprendido en algunos de los casos expresados en el art. 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, puede hacerse sin necesidad del recibimiento de los autos á prueba, según dispone el núm. 2.º del art. 863; que cuando la parte contraria, como en el presente caso sucede, impugna la admisión del documento por no hallarse en ninguno de los casos del art. 506, debe reservarse para definitiva la resolución de lo que se estime procedente; y que en cuanto á la declaración de los testigos, que el recibimiento á prueba en segunda instancia sólo procede cuando concurre alguno de los casos que taxativamente enumera el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, ninguno de los cuales es de estimar en el presente caso, puesto que el hecho en sí del nacimiento de la demandante á que la prueba se refiere ha sido objeto de discusión entre las partes:

Resultando que contra este auto de 30 de Abril interpuso el Procurador Doze, á nombre de Doña María del Rosario Martel, recurso de súplica, manifestando por otrosí que, para el improbable caso de no prosperar aquél, quedaba preparado el de casación, por haberse solicitado en tiempo la subsanación de la forma quebrantada; y la Sala, por su otro auto de 24 de Mayo, declaró no haber lugar á suplir ni enmendar la resolución suplicada, cuyos fundamentos de hecho y de derecho dió por reproducidos, y que se tuviera por formulada la protesta referente al recurso de casación:

Resultando que después de este incidente tuvo lugar la vista de los autos ante la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, que en sentencia de 10 de Octubre último confirmó, con las costas de aquella instancia, á la parte apelante, la que el Juzgado pronunció con fecha 27 de Octubre anterior en los términos ya relacionados, y por la cual se absuelve en definitiva de la demanda á la demandada Doña Sofía Martel.

Resultando que Doña María del Rosario Martel y Moscoso ha interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, que preve el núm. 2.º del art. 1691, y está comprendido en el caso 3.º del 1693 de la ley de Enjuiciamientp civil, con la protesta necesaria para deducirlo en su caso y lugar en cuanto al fondo, fundando aquél en que, al evacuar la recurrente en segunda instancia el traslado de instrucción, había solicitado el recibimiento á prueba, basado en el núm. 4.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, siéndole negada aquella pretensión por la Sala en auto, contra el cual interpuso recurso de súplica, que también fué desestimado; que el recibimiento á prueba que había pretendido se refería, en primer lugar, á la presentación de una carta de Doña Purificación Moscoso, de la que juraba no haber tenido conocimiento hasta después de haber pasado el tiempo de proposición de prueba en el Juzgado, resultando por ello evidente que tal documento se hallaba comprendido en el núm. 2.º del art. 506 de la ley procesal, como así lo reconoció en parte la Sala sentenciadora, aceptando la unión á los autos de dicha carta, pero sin mencionarla en su sentencia, á pesar de haber manifestado que la tendría en cuenta al resolver en definitiva, ni era posible que tal hiciera, tratándose de un documento privado no reconocido por la parte contraria, y que no podía, por consiguiente, surtir efecto probatorio alguno sin previo reconocimiento pericial de su autenticidad; y en segundo lugar, la prueba solicitada por la recurrente ante la Sala sentenciadora iba también encaminada á la demostración de hechos que habian de tener en el éxito del pleito influencia decisiva, puesto que se referían al modo y forma de efectuarse su nacimiento, que tuvo lugar fuera del hogar paterno; y como juró ignorar tales hechos durante la sustanciación de primera instancia, es evidente que su pretensión se hallaba comprendida en el caso 4.º del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, que resultaba infringido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la prueba admisible en la segunda instancia ha de ser referente á hechos ocurridos posteriormente al término de proposición en la primera, ó ignorados por la parte en aquella fecha, y que no se encuentran en este caso, ni el alumbramiento de la recurrente por Doña Purificación Moscoso, puesto que es la base de su demanda, ni las discusiones de los cónyuges Martel-Moscoso, que ya fueron objeto de prueba en el Juzgado, siendo especialmente de notar que en aquel trámite declararon, á instancia de la recurrente, dos de los testigos que en la segunda intentó producir, jurando que hasta después de aquella prueba no supo que habían presenciado el parto, y que á repregunta de

la recurrente sobre las indicadas discusiones exhibió Doña Guadalupe Moscoso, y se insertó en su declaración, la carta que después produjo en segunda instancia:

Considerando que, por lo tanto, fué bien denegada dicha prueba en segunda instancia, y que no puede fundarse en ello recurso de casación por quebrantamiento de forma, con arreglo al art. 693, caso 3.°, de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma que ha interpuesto Doña Rosario Martel y Moscoso, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, á que se dará la aplicación prevenida en derecho; y procédase á la sustanciación del recurso por infracción de ley iniciado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Garnica, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 24 de Febrero de 1899.=Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 82.—TRIBUNAL SUPREMO.—25 de Febrero, pub. el 19 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tercería de dominio.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Feliciana Fernández contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Luis María Recio y otro.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el exceso en el ejercicio de la jurisdicción consiste en modificar, por vía de apelación, de algún modo lo que por consentimiento de las partes litigantes hubiere quedado resuelto ejecutoriamente en la primera instancia:

Que la sentencia que, accediendo á lo pretendido por el demandado, absuelve de la demanda por estimarla injustificada, es á todas luces congruente con las pretensiones deducidas en el pleito:

Que á la Sala sentenciadora compete privativamente la apreciación discrecional de la prueba de testigos.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Febrero de 1899, en el pleito seguido ante el Juzgado de primera instancia de Toledo y la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte por Doña Feliciana Fernández Ledesma, soltera, propietaria, de esta vecindad, contra Don Luis María Recio y Escudero, propietario, vecino de la villa de Torres de Esteban Hambrám, y D. Atanasio Fernández Ledesma, propietario y vecino de Madrid, sobre tercería de dominio; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la demandante Doña Feliciana, representada y defendida por el Procurador Don

Ignacio de Santiago y Sánchez y el Licenciado D. Nicolás Morales; estándolo el D. Luis María Recio por el Procurador D. Fidel Serrano y el Doctor D. Germán Gamazo, no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que por escritura pública otorgada en 12 de Agosto de 1896, ante el Notario de esta corte D. Zacarías Alonso Caballero, entre D. Atanasio Fernández Ledesma y su hermana Doña Feliciana, el primero vendió á la segunda 1.500 fanegas de cebada, á 24 reales una; 650 de trigo, á 36; 104 de avena, á 18; 85 de centeno, á 26; 36 de habas, á 34; 8 de guisantes, á 36, y 24 de garbanzos, á 70; ó sea en total 66.674 reales, que hacen 16.668 pesetas 50 céntimos, cuyo precio manifestó el vendedor se lo había pagado la compradora cual declaraba y confesaba á los efectos legales, y que como no había retirado aún los granos que existían en los almacenes que el vendedor tenía en el pueblo de Cebolla, provincia de Toledo, los conservaría allí á disposición de la Doña Feliciana para qúe los retirase cuando le pareciese, sin exigirla por ello precio alguno de almacenaje; cuya primera copia de esta escritura fué presentada á la liquidación del impuesto de derechos reales por la misma Doña Feliciana, que satisfizo en tal concepto 338 pesetas 98 céntimos:

Resultando que en 27 de Noviembre del mismo año 1896, y en virtud de exhorto dirigido por el Juzgado de primera instancia de Toledo al de Talavera de la Reina, se practicaron diligencias de ampliación de embargo en la casa de D. Atanasio Fernández Ledesma, de la villa de Cebolla, por consecuencia de los autos ejecutivos que contra él seguía en el primero de dichos Juzgados D. Luis María Recio y Escudero; y al ser requerido el deudor D. Atanasio para que pusiera de manifiesto bienes en que hacer la traba, hizo presente que los granos y legumbres que existían entrojados en la casa, pertenecian á su hermana Doña Feliciana Fernández Ledesma, según escritura que la otorgara en Madrid el día 12 de Agosto de 1896; no obstante cuya manifestación, el alguacil, por designación del portador del exhorto, hizo traba en los granos que se encontraban en la casa del deudor, y eran á saber: 1.000 fanegas de cebada, 400 de trigo, 50 de avena, 20 de habas y 6 de guisantes, de todo lo cual se nombró depositario á D. Wenceslao Benayas, que aceptó el cargo:

Resultando que fundada en estos antecedentes, dedujo la Doña Feliciana Fernández Ledesma, en Febrero de 1897, ante el Juzgado de primera instancia de Toledo, la demanda origen de este pleito, en la que, ejercitando la acción real correspondiente, solicitó se declarase haber lugar á la tercería de dominio que interponía, y por lo tanto, nulo y sin efecto el embargo de los granos de que queda hecha referencia, y condenando á la parte del ejecutante D. Luis María Recio y Escudero, al pago de las costas y á la indemnización de los perjuicios que se le hubiesen originado; alegando en apoyo de estas pretensiones, además de los hechos ya expuestos: que el depositario de los granos embargados, D. Wenceslao Benayas, había dispuestó el traslado de aquéllos, de lo cual protestó la la Doña Feliciana, y que si bien había entregado las llaves de los graneros por respeto á las órdenes del Juzgado, hizo constar solemnemente por ante Notario que los granos eran de su propiedad y pertenencia, y de ninguna manera de la de su hermano D. Atanasio, como se quiso suponer por el ejecutante; y que era un hecho que interesaba dejar consignado en su demanda, á los efectos de la tramitación de la misma, que los autos ejecutivos de su referencia estaban pendientes de la apelación interpuesta por el ejecutado contra la sentencia de remate, á pesar de lo cual había solicitado el actor, con arreglo al art. 1476 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dicha sentencia se llevase á efecto en la vía de apre-

mio, dando fianza á responder de cuanto percibiese, habiendo accedido á ello el Juzgado:

Resultando que admitida la demanda, se confirió traslado, con emplazamiento al ejecutado D. Atanasio Fernández Ledesma y al ejecutante D. Luis María Recio Escudero, allanándose el primero por estimar ciertas las alegaciones de la demanda, y solicitando el segundo se declarase en su día que la actora no tenía derecho, título ni acción para entablar la tercería, con expresa imposición de costas, alegando como único hecho: que al vender D. Atanasio Fernández Ledesma, en la escritura de 12 de Agosto de 1896, á su hermana Doña Feliciana los granos que tenía en su granero de Cebolla por 3.000 duros próximamente, no le quedaban bienes suficientes para responder al pago del arrendamiento de la dehesa Vega del Corral, propiedad del contestante, que vencía á los tres días de aquella venta, ó sea en 15 del mismo mes y año; no percibiendo en el acto de otorgar la escritura el importe, haciendo sólo constar que lo tenía recibido; no midiendo los granos vendidos, que continuaron quedando en su poder, y poniéndolos un precio bastante más bajo con relación al mercado de aquella época; y por un otrosí del mismo escrito de contestación, alegó la excepción perentoria de falta de acción en la demandante, fundándola sustancialmente en que los bienes que reclamaba Doña Feliciana la fueron vendidos por su hermano D. Atanasio por fanegas, sin que éstas hubieren sido medidas antes del embargo; y que la escritura de venta de 12 de Agosto de 1896 no era título traslativo de dominio en concreto de los granos que estaban en el granero donde se efectuó el embargo, por referirse dicha escritura á los que el vendedor tenía en sus almacenes de Cebolla:

Resultando que en el escrito de réplica fijó la parte actora como definitivos los hechos de la demanda, agregando: que las 16.668 pesetas 50 céntimos, importe de los granos vendidos, habían sido entregadas por Doña Feliciana á su hermano con anterioridad á la fecha de la escritura, y precisamente para que con ellas hiciera frente el vendedor á las exigencias y gastos de su labranza; que era inexacto que por consecuencia de dicha venta no le quedaran al vendedor D. Atanasio bienes suficientes para responder al pago del arrendamiento de la dehesa Vega del Corral, que vencía el 15 de Agosto de 1896; que los granos vendidos por D. Atanasio á su hermana habían sido oportunamente medidos en la forma usual y corriente, según práctica de buenos labradores, al encerrarlos en los trojes ó almacenes, por cuya razón, al perfeccionarse el contrato de venta mediante escritura pública, pudo hacerse constar en ella las cantidades de cada clase que se enajenaban y el lugar y sitio en que se hallaban encerrados y conservados á disposición de la compradora, sin exigirla precio alguno de almacenaje; á su vez el demandado D. Luis María Recio reprodujo en el escrito de dúplica las pretensiones formuladas en el de contestación á la demanda, adicionando que era inexacto que el ejecutado D. Atanasio Fernández Ledesma tuviera muchos bienes más de los que le fueron embargados, y que asimismo no era cierto de que en la escritura de compraventa se consignara el sitio en concreto donde quedaban almacenados los granos objeto del contrato:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se utilizó por la parte actora la documental y de testigos, habiéndose articulado por el acreedor ejecutante la testifical únicamente, todos cuyos medios fueron oportunamente practicados, exceptuando sólo el examen de dos testigos del pueblo de Brieva, provincia de Logroño, que por motivos de salud no pudieron presentarse en el Juzgado de Nájera á prestar la oportuna declaración; y continuada la tramitación correspondiente á dos instancias,

la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta corte pronunció en 13 de Julio último sentencia confirmatoria de la del Juzgado, que declaró no haber lugar á la tercería de dominio interpuesta por Doña Feliciana Fernández Ledesma, respecto de los bienes embargados como de la propiedad de su hermano D. Atanasio Fernández Ledesma, en la ejecución que contra éste se hallaba siguiendo D. Luis María Recio y Escudero; absolvió, en su consecuencia, á los citados deudor ejecutado y acreedor ejecutante D. Atanasio Fernández y D. Luis María Recio, mandando que á su tiempo se alzase la suspensión del procedimiento en el juicio ejecutivo respecto de los bienes objeto de la tercería; y absolvió á su vez á la actora Doña Feliciana Fernández Ledesma de la reconvención contra ella formulada por el demandado D. Luis María Recio, para que se declarase nulo y rescindido el contrato de compraventa de los granos y semillas objeto de la tercería á que se refiere la escritura de 12 de Agosto de 1896, presentada en autos por la demandante para fundamentar aquélla:

Resultando que Doña Feliciana Fernández Ledesma ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.°, 2.°, 4.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, por los motivos siguientes:

Primero. La sentencia recurrida infringe el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque ha comprendido en su fallo el concepto de la reconvención que el demandado D. Luis María Recio propuso en la primera instancia y de la que fué absuelta la recurrente por el Juzgado, y cuyo extremo consentido por las partes adquirió el carácter de firme:

Segundo. El mismo artículo antes citado, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1861, 30 de Marzo de 1874, 5 de Abril de 1877, 22 de Mayo de 1894, 18 de Mayo y 1.° de Octubre de 1897; porque la Sala sentenciadora sólo podía hacer declaraciones en su fallo en cuanto á lo que fué objeto de la apelación, y no en otro concepto, que había sido consentido por las partes, cual fué la reconvención que tenía el carácter de cosa juzgada:

Tercero. El mismo art. 359 y el 372 de la propia ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia no es congruente con el objeto de la demanda y con las demás pretensiones deducidas en el pleito, en cuanto sin aceptar los fundamentos de la dictada por el Juzgado, formula otros distintos, omitiendo las razones y fundamentos legales procedentes para confirmarla, y ocupándose concretamente de lo relativo á la eficacia jurídica de la escritura cuya nulidad se pidió y quedó desestimada:

Cuarto. Infracción del contrato escriturario de 12 de Agosto de 1896, y de los arts. 1218, 1450, 1457, 1462 y 1473 del Código civil, en cuanto el fallo de la Audiencia desestima la tercería de dominio fundada en una escritura pública de eficacia y validez indiscutible, como otorgada con todas las condiciones y causas necesarias que demuestran su legalidad; y

Quinto. Haberse infringido los arts. 1248 del Código y 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, en lo referente á la apreciación de la prueba testifical practicada en estos autos, al desestimar la tercería por falta de identidad entre los bienes objeto del contrato escriturario y los embargados por el acreedor ejecutante.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que la sentencia recurrida no es incongruente bajo el aspecto alegado en los dos motivos primeros del recurso, ó sea en el concepto de haber resuelto cuestiones decididas ejecutoriamente en la primera instancia; porque reconocido como lo está en la misma sentencia que la del inferior quedó firme en cuanto absolvió á Doña Feliciana Fer-

nández Ledesma de la reconvención, es claro que este punto ha de reputarse excluído del único pronunciamiento dado en segunda instancia, ó sea la confirmación de la sentencia apelada; y porque ni aun suponiendo que la confirmación se refiera á la totalidad, habría exceso en el ejercicio de la jurisdicción, que consiste en modificar por vía de apelación de algún modo lo que por consentimiento de las partes litigantes hubiere quedado resuelto ejecutoriamente en primera instancia:

Considerando que la sentencia que, accediendo á lo pretendido por el demandado, absuelve de la demanda por estimarla injustificada, es á todas luces congruente con las pretensiones deducidas en el pleito; siendo por ello manifiesto que la recurrida tampoco es incongruente bajo el aspecto alegado en el motivo tercero, el cual adolece además del defecto de fundarse en suposiciones gratuitas respecto á la falta de correlación entre los considerandos y el fallo:

Considerando que son improcedentes los dos motivos últimos del recurso, donde sin posible éxito se combate el juicio de la Sala sentenciadora sobre la falta de justificación del dominio que Doña Feliciana Fernández pretende tener sobre los granos que como de la propiedad de su hermano se embargaron á instancias del acreedor de éste; pues el motivo quinto no puede prosperar por referirse á la prueba de testigos, cuya apreciación discrecional privativamente compete á dicha Sala sentenciadora; y porque la escritura de venta otorgada entre los hermanos Fernández Ledesma, citada en el motivo cuarto, no podría demostrar, aun concediéndole plena eficacia probatoria en perjuicio del acreedor, otra cosa más que la celebración del contrato, pero no que los granos vendidos sean los mismos que los embargados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Feliciana Fernández Ledesma, á quien condenamos al pago de las costas, y si se le hubiere negado ó negare en el incidente de su razón la defensa en concepto de pobre, ó si, habiéndosele otorgado tal beneficio, viniese á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 25 de Febrero de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 83.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Febrero, pub. el 19 de Marzo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Declaración de herederos.*—Auto decidiendo no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. Lucidio Herrero contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, en pleito con D. Teótimo Herrero y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que á tenor de lo dispuesto en el caso 5.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso de casación en el fondo cuando para fundarlo se citan leyes ó doctrinas referentes á cuestiones no debatidas:

Que contra la indebida denegación de cualquier diligencia de prueba se da por disposición expresa de la ley el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, y no el de infracción de ley:

Que son inadmisibles los motivos del recurso dirigidos contra una parte de la sentencia que no decide definitiva y ejecutoriamente sobre el derecho discutido en el pleito.

Resultando que por haber fallecido sin testamento y en estado de soltero D. Alejandro Herrero y Herrero, los hermanos de la madre de éste, D. Teótimo, D. Arsenio y Doña Isabel Herrero Prieto, solicitaron del Juzgado de primera instancia de Astudillo se les declarase herederos abintestato de aquel su finado sobrino:

Resultando que D. Lucidio Herrero y Prieto, hijo del difunto Don Constancio, hermano también de la madre del causante D. Alejandro, solicitó la prevención del juicio de abintestato, y desestimada su pretensión, compareció en el primitivo expediente, pidiendo se le tuviera por parte en concepto de peticionario de la herencia del D. Alejandro Herrero y Herrero, declarándole heredero suyo abintestato, como pariente dentro del cuarto grado, por ostentar el derecho de representación de su padre D. Constancio:

Resultando que transcurridos los plazos de los primeros y segundos edictos, se comunicaron los autos, para que alegaran sobre sus derechos, á las partes comparecidas, que lo fueron—fallecido ya D. Arsenio Herrero Prieto,—de un lado, D. Teótimo y Doña Isabel Herrero Prieto, ésta representada por su marido D. Agustín Lezcano Pérez, y de otro, el Don Lucidio Herrero y Prieto, evacuando sólo los primeros dicho traslado, teniéndose por evacuado el del último después de acusada su rebeldía:

Resultando que después de varios incidentes suscitados por D. Lucidio Herrero ante el Juzgado de Baltanás, al cual, mediante su restablecimiento pasaron los autos, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Valladolid pronunció sentencia en 4 de Junio de 1898, é imponiendo las costas de la segunda instancia al apelante D. Lucidio Herrero, confirmó la dictada en 18 de Agosto de 1897 por el Juzgado, en cuanto por ella se declara herederos abintestato, por fallecimiento de D. Alejandro Herrero y Herrero, á D. Teótimo y Doña Isabel Herrero Prieto, únicos que se personaron en dicha Audiencia, á cuyo nombre se sostuvo la apelación, y además dejó á salvo á los que resulten herederos de Don Arsenio el derecho á la parte que á éste hubiere correspondido:

Resultando que D. Lucidio Herrero Prieto ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los casos 1.º y 3.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. El art. 1817 de la citada ley, en cuanto por haberse opuesto D. Lucidio Herrero á la declaración de herederos solicitada por la parte recurrida, debieron de haberse sobreseído las diligencias de su razón y ser remitidas las partes al juicio declarativo de mayor cuantía:

Segundo. El art. 863, también de la ley procesal, porque la Sala sentenciadora no accedió á la absolución de posiciones por parte de los recurridos, que el recurrente había solicitado; y

Tercero. El art. 359 de la misma ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto el Tribunal sentenciador hizo, sin haberlo pedido nadie, una de-

claración de derechos á favor de los herederos de D. Arsenio Herrero, ya porque la petición de la declaración de herederos abintestato es un acto voluntario, ya porque cuando el pariente más próximo en grado no aceptó la herencia, pasa ese derecho á los que siguen inmediatamente en grado con el fallecido:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha traído á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que, á tenor de lo dispuesto en el caso 5.° del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil, es inadmisible el recurso de casación en el fondo cuando para fundarlo se citan leyes ó doctrinas referentes á cuestiones no debatidas; en cuyo caso de inadmisión está comprendido el motivo primero de este recurso, porque habiéndose dictado la sentencia recurrida, no en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino en el juicio contencioso adecuado para hacer la declaración de herederos, ninguna de las partes litigantes ha suscitado duda ni cuestión sobre este punto, ni, por tanto, reclamado la aplicación de la regla contenida en el art. 1817 de dicha ley, que se supone infringida bajo el concepto erróneo de que se refiera la sentencia á un expediente de jurisdicción voluntaria:

Considerando que contra la indebida denegación de cualquier diligencia de prueba se da por disposición expresa de la ley el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, y no el de infracción de ley; lo cual no dejaría de ser así, aunque fuera cierto, que no lo es, que este Tribunal Supremo hubiese dicho lo contrario en el caso citado por el recurrente, siendo por ello inadmisible el motivo segundo, que se funda en el hecho de habérsele denegado la prueba de confesión judicial:

Considerando que el motivo tercero del recurso es inadmisible, en primer lugar, porque se dirige contra una parte de la sentencia que no decide definitiva y ejecutoriamente sobre el derecho de los herederos de D. Arsenio Herrero; y además, porque es notoriamente congruente la sentencia que para desestimar el recurso de apelación confirma la dictada en primera instancia, siquiera por haber muerto uno de los litigantes por ella favorecidos reserva á sus herederos el derecho que pueda corresponderles;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Lucidio Herrero Prieto, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de Valladolid la correspondiente certificación, devolviéndola los autos que remitió, y publíquese esta resolución según previene la ley.

Madrid 23 de Febrero de 1899.=José de Aldecoa.=Francisco Toda.—Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.=El Relator, Marcelino San Román.—Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 84.—TRIBUNAL SUPREMO.—1.° de Marzo, pub. el 25.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de escritura.*—Sentencia declarando haber lugar al recurso interpuesto por Doña Encarnación Márquez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, en pleito con Doña Dolores Calvente.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que el precepto del art. 1110 del Código civil, de que el recibo sin reservas, del último plazo de un débito, extingue la obligación en cuanto á los anteriores, no es aplicable á la interpretación de un contrato celebrado en Mayo de 1888; y que resolviendo por el contenido de aquél la cuestión del pleito, se le infringe, aplicándole indebidamente, y también las disposiciones transitorias 2.ª y 4.ª de dicho Código.

En la villa y corte de Madrid, á 1.° de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Madrid y la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por Doña Dolores Calvente Hurtado contra Doña Encarnación Márquez González Merchante, propietarias, vecinas de Almuñecar, sobre nulidad de una escritura y reivindicación de fincas; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la Doña Encarnación Márquez, representada por el Procurador D. Francisco Morales Sánchez y defendida por el Licenciado D. Francisco Silvela; estándolo la demandante y recurrida por el Procurador D. José Martínez de Carvajal y Atienza y el Licenciado D. Manuel Gómez de Cádiz:

Resultando que mediante escritura pública, autorizada el 16 de Abril de 1886, Doña Dolores Calvente y Hurtado recibió en calidad de préstamo de Doña Encarnación Márquez Gómez Merchante la cantidad de 4.125 pesetas, reintegrable en el término de ocho años, en plazos iguales de 515 pesetas 62 céntimos y medio, los días 16 de Abril de los años sucesivos hasta el 1894, sin interés en los dos primeros de ellos, con la hipoteca de dos fincas rústicas de la propiedad de la Calvente, que se describían, con las cargas que las afectaban, y la condición de que transcurrida cualquiera anualidad sin que la deudora abonase el importe del plazo convenido, más los intereses de la cantidad no solventada, se entendería vencido el resto de los ocho años pasados para la duración del contrato, debiendo satisfacer principal, intereses y costas, con más los daños y perjuicios que se ocasionaran por su morosidad:

Resultando que en otra escritura, fechada en Almuñécar el 16 de Mayo de 1888, Doña Dolores Calvente vendió á Doña Encarnación Márquez, por precio de 1.400 pesetas, una parte del terreno correspondiente á las fincas hipotecadas en la escritura relacionada de 16 de Abril de 1866, que había de ocupar la carretera de Málaga á Almería, consignándose que el terreno destinado se hallaba al corriente en el pago de la contribución y libre de gravamen, pues si bien sobre todo el predio y otro colindante, también de la propiedad de la vendedera, gravitaba el capital de una memoria en favor de la capellanía de Guerrero, á dicha afección respondería el terreno que aquélla se reservaba, así como también de la hipoteca constituída en garantía del préstamo de 16 de Abril de 1886, quedando cancelada dicha hipoteca en cuanto al terreno vendido; confesando la Doña Dolores Calvente tener recibido á cuenta de las 1.400 pesetas, precio de la venta, la cantidad de 900, de que se daba por satisfecha, y otorgaba á favor de la compradora Doña Encarnación Márquez el oportuno resguardo; declarando además que las 500 pesetas restantes quedaban por cuenta y parte de pago de las 515 con 62 céntimos y medio del octavo y último plazo que la Doña Dolores tenía obligación de entregar por consecuencia del préstamo hipotecario de 16 de Abril del 86; debiendo significar que el terreno de que se trataba había de ocuparlo la carretera de segundo orden de Málaga á Almería, y que cuando se abonase por el Estado la expropiación, si ascendía á mayor cantidad

de las 1.400 pesetas, se la entregaría la diferencia ó exceso á la vendedora:

Resultando que Doña Encarnación Márquez y González formuló en 16 de Marzo de 1891 demanda ejecutiva para la reclamación del préstamo de 16 de Abril de 1886, embargándose las fincas hipotecadas en garantía; y seguida la ejecución en rebeldía de Doña Dolores Calvente, por hallarse en ignorado paradero, recayó sentencia de remate el 29 de Abril de 1891, otorgándose, después de los debidos trámites, el 1.º de Diciembre de aquel año, escritura judicial de venta de las dos fincas embargadas á favor de la Doña Encarnación Márquez, la cual fué inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que Doña Dolores Calvente y Hurtado, con fecha 5 de Mayo de 1896, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de primera instancia de Motril, con las pretensiones de que: primero, se declarase que al entablarse la ejecución no debía la Doña Dolores cantidad alguna, por estar totalmente pagado el préstamo de 16 de Abril de 1886, y que, por el contrario, era en deber la Doña Encarnación Márquez el saldo de una liquidación pendiente que debía practicar, condenándola á abonar la cantidad que resultase á favor de Doña Dolores por el precio mayor que obtuvo la demandada de un terreno expropiado y por la diferencia ó sobrante del importe del precio de 600 arrobas de cañas dulces, alifas correspondientes á la zafra de 1890, después de deducido el resto que debía la demandante; segundo, se la condenara á restituir lo que indebidamente hubiera cobrado de más, con los daños y perjuicios causados con la ejecución, y el pago de las costas; y tercero, que se declarase asimismo la nulidad del título en virtud del cual adquirió Doña Encarnación Márquez las dos fincas de la demandante, condenándola en su consecuencia á restituirlas, con los frutos producidos desde que indebidamente las detentaba, ó en el caso improbable de que no hubiera lugar á ello, se rescindiera por lesión el contrato de venta, con devolución también de las mencionadas fincas, frutos producidos desde la fecha de la escritura de venta judicial, y al pago de las costas:

Resultando que Doña Dolores Calvente expuso como hechos para apoyar las enunciadas solicitudes, á más de otros: haberse vendido las fincas hipotecadas por la demandante en garantía del préstamo que la hizo Doña Encarnación Márquez, á consecuencia de la ejecución que contra la Doña Dolores siguió en 1891, á la cual no pudo ésta oponerse por hallarse en aquélla época en Buenos Aires, pues de no haber concurrido tal circunstancia, que no le era imputable, habría probado en aquel juicio, cual se proponía hacerlo en el del día para desvirtuar la sentencia recaída, el pago de la cantidad por que se despachó la ejecución, puesto que la demandante en 15 de Marzo de 1891 se hallaba ya libre de la enunciada obligación hipotecaria de 16 de Abril del 86, por haberla pagado, toda vez que en dicha fecha tenía dadas á cuenta del octavo y último plazo 500 pesetas, restando, por tanto, solamente 15 pesetas 62 céntimos y medio, que unidas á 44 con 22 céntimos, importe de los derechos reales é inscripción en el Registro, formaban un total de 59 pesetas 84 céntimos y medio, que debían deducirse de 201 pesetas 5 céntimos que la Doña Encarnación Márquez se hallaba obligada á abonar á la demandante por la diferencia mayor del precio que obtuvo y cobró el 15 de Enero del 91 por el terreno expropiado para la construccion de la carretera de Málaga á Almería; quedando, por tanto, un saldo en la fecha de la demanda ejecutiva á favor de la Doña Dolores de 141 pesetas 15 céntimos y medio; y haber entregado D. José Calvente, por orden de su

hermana Doña Dolores, en la fábrica azucarera de Doña Encarnación Márquez, el fruto de caña correspondiente á la zafra de 1890, para con su importe pagar el indicado resto de 59 pesetas 84 céntimos y medio, y en su caso, los intereses de dicha suma desde 16 de Mayo del 88 hasta la entrega del fruto del 90, habiéndose negado la Doña Encarnación á hacer la oportuna liquidación y retenido indebidamente la diferencia que en su contra resultaba por el precio de 600 arrobas de caña, que fueron aproximadamente las entregadas; é igualmente se había negado á pagar el saldo que existía en su contra, como también á restituir las fincas que adquirió sin causa, á pesar de que contra el título en cuya virtud se le transmitió la propiedad cabía ejercitar la acción de nulidad; alegó en los fundamentos de derecho: el art. 1479 del Código civil; ser nula la ejecución, por faltarle la condición esencial, ó sea la existencia viva de la obligación, pues conforme á la ley 2.ª, tít. 14 de la Partida 3.ª, «pagando ome lo que deue, es libre de la obligación en que era», principio corroborado en el art. 1157 del Código civil; siendo, en consecuencia, nulos el remate, cesión y adjudicación de los bienes verificados en la ejecución, por lo que la demandante ejercitaba la acción reivindicatoria establecida en la ley 28, tít. 19 de la Partida 3.ª, pues según el art. 33 de la ley Hipotecaria, la inscripción no convalida los actos ó contratos nulos; y ser rescindibles, de conformidad á lo establecido en el tít. 16, libro 5.º, y tít. 31, libro 4.º de la Novísima Recopilación, y art. 1291 del citado Código, la venta judicial hecha á favor de Doña Encarnación Márquez, en consideración á que se señaló como precio uno que no llega á la mitad del verdadero; y acompañó varios documentos:

Resultando que Doña Encarnaeión Márquez González Merchante se opuso á la demanda, con la súplica de que, sin perjuicio de subsanar, reintegrar y abonar en cuenta cualquiera cantidad por omisión, equivocación ó error cometido en la liquidación practicada con motivo de la ejecución que siguió contra la Doña Dolores Calvente, que pudiera disminuir ó aumentar la suma que le quedó restando por consecuencia de ella, se desestimara por completo la demanda, absolviéndola de la misma é imponiendo perpetuo silencio y las costas á la actora, ordenando que el saldo que resultare á favor de ésta en la cuenta de caña con la razón social Viuda de D. Rafael Márquez, previa su aprobación, se retenga y entregue á la Doña Encarnación á cuenta de lo que le quedó debiendo por principal, intereses y costas del préstamo que le hizo mediante la escritura de obligación hipotecaria que sirvió de base á la ejecución:

Resultando que dicha demandada alegó sustancialmente, al efecto de apoyar la enunciada solicitud: haber pagado la demandante el 16 de Mayo del 88, fecha de la escritura de venta ya relacionada, 515 pesetas 62 céntimos y medio á Doña Encarnación por el primer plazo de la obligación hipotecaria que debió satisfacer en 1887, y otras 390 con 62 céntimos y medio á cuenta del segundo plazo, que venció el 88, restando á deber 125 pesetas, así como también satisfizo la misma demandada el 24 de Marzo del citado año 88 á un Notario, por cuenta de la Doña Dolores, 16 pesetas 90 céntimos; haber percibido la Doña Encarnación el 15 de Enero del 91, por expropiación de terrenos para la carretera de Málaga á Almería, 1.602 pesetas 95 céntimos, de las cuales entregó 202,95 céntimos á Doña Dolores Calvente, quien inmediatamente se las devolvió para el completo pago del segundo plazo de su obligación y gastos de la escritura de venta, quedando 61 pesetas 5 céntimos para pago de intereses vencidos y no satisfechos, y no ocuparse Doña Encarnación Márquez de los asuntos de su casa, por lo que su apoderado, viendo el abandono

de las fincas hipotecadas, por la emigración de Doña Dolores Calvente á Ultramar, resolvió entablar la demanda ejecutiva, si bien olvidó, al dar las instrucciones necesarias, decir los pagos que aquélla tenía realizados; é interpuesta dicha demanda en 16 de Marzo del 91, después de los trámites legales, se subastaron por 3.000 pesetas las fincas hipotecadas y embargadas á favor de D. Andrés Fonollá, quien cedió el remate á Doña Encarnación Márquez, rebajándose de dicha cantidad, al hacer la liquidación de cargas, 2.700 pesetas de la memoria Guerrero, y de éstas, por equivocación, 342 pesetas 76 céntimos, que correspondían al terreno enajenado en la escritura de 16 de Mayo del 88, otorgándose la judicial en favor de Doña Encarnación, deduciendo sólo 2.357 pesetas, y quedando, por tanto, 642,66 céntimos, que se imputaron en parte de pago de la deuda, intereses y costas; ser la deuda en la fecha de la demanda ejecutiva de 2.638 pesetas 17 céntimos, á cuya suma había que añadir los réditos devengados, que en la fecha de la escritura de adjudicación, 1.º de Diciembre del 91, ascendían á 512 pesetas 75 céntimos; no tener satisfechos Doña Dolores Calvente en la fecha de la demanda ejecutiva los plazos tercero y cuarto del préstamo; pertenecer la fábrica azucarera San Rafael á Doña Encarnación Márquez y á varios de sus hijos, bajo la razón Viuda de D. Rafael Márquez, con cuya Sociedad llevaba la Doña Dolores cuenta de obligaciones de caña, existiendo á su favor un saldo de 909 pesetas 66 céntimos; y no ser cierto se hubiera negado á liquidar ó subsanar cualquier perjuicio:

Resultando que entre las alegaciones de derecho invocó, además de impugnar las aducidas de contrario, que entendía no podían favorecer á la actora, por no tener satisfecho en su totalidad el préstamo cuando se incoó la ejecución; no existir la lesión que se pretendía, pues las fincas vendidas fueron tasadas por peritos, no siendo aplicable el art. 1291, porque se refiere á los ausentes de que trata el cap. 1.º, tít. 8.º, libro 1.º del Código, no pudiendo rescindirse el contrato celebrado por apoderado en legal forma, según el 1293, y el Juez, conforme al 1514 de la ley de Enjuiciamiento civil, es un mandatario legal para otorgar la venta en nombre del rebelde; no tener lugar la rescisión de que trata el núm. 2.º del art. 1291, según el 1296, respecto de los contratos celebrados con autorización judicial; durar cuatro años, conforme al 1301 del Código, la acción para pedir la rescisión, empezando á contarse, con arreglo al 1969, cuando la ley no dispone otra cosa, desde que pudieran ejercitarse; ser subsidiaria la acción rescisoria, conforme á lo dispuesto en el art. 1294, por lo que no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio; y como en el caso de autos el 1479 de la ley de Enjuiciamieato autoriza la incoación del juicio ordinario, quedaría reducida la cuestión á que, probada la lesión, se le admitiera en cuenta el exceso de valor en que debieran tasarse las fincas; ser la Sociedad Viuda de Rafael Márquez persona distinta de la demandada Doña Encarnación, por lo que ésta nada tenía que ver con las cuentas de dicha Sociedad y la demandante, y contener la demanda ejecutiva la correspondiente protesta de abonar pagos legítimos; y en su consecuencia, aunque Doña Dolores Calvente se hubiera personado en el juicio y alegado la pluspetición, no hubiera ésta prosperado; y presentó con su escrito, á más de otros documentos, un certificado expedido por el Registrador de la propiedad de Motril, haciendo constar que la fábrica de azúcar denominada San Rafael pertenecía en común y proindiviso á Doña Encarnación Márquez González Merchante y á sus hijos Doña Paula, Doña Emilia, D.ª Soledad, Doña María, D. Francisco, D. Luis, D. José y D. Joaquín Márquez Márquez:

Resultando que al replicar la parte actora insistió con extensos razonamientos en las alegaciones de la demanda, terminando el escrito con la súplica de que se declarase: primero, que al entablarse la ejecución incoada en su contra por Doña Encarnación Marquéz, tenía pagada la obligación hipotecaria de 16 de Abril de 1886; segundo, que en su consecuencia, se condenase á Doña Encarnación Márquez á la devolución de lo cobrado y las costas y perjuicios que se le ocasionaron con la ejecución, dejando, por consiguiente, libre y á disposición de la demandante las dos fincas rústicas que le cedió D. Andrés Fonollá y que fueron vendidas judicialmente para pago, con los frutos producidos y debidos producir, por ser ineficaz la obligación que sirvió de base á dicha enajenación, y nulo, por precepto especial de la ley, el título en virtud del cual la Doña Encarnación Márquez adquirió las dos fincas hipotecadas á la seguridad del contrato de mutuo formalizado en Abril del 86; tercero, que Doña Encarnación Márquez, al interponer la demanda ejecutiva, se hallaba obligada á practicar una liquidación, y en su virtud, se la condenase á practicarla, rectificando la ofrecida en la contestación á la demanda para que se fijase en definitiva el saldo que arrojase á favor ó en contra de Doña Dolores Calventa por las cañas dulces de los años 1889 al 91; y cuarto, que en el caso improbable de que se declarase no haber lugar á lo solicitado en primero y segundo lugar por virtud de los pagos legítimos hechos por la demandada, se declarase que ésta sólo sería en deber, al interponerse la demanda ejecutiva 2.397 pesetas 43 céntimos como importe por principal é intereses de los plazos del quinto al octavo, y nunca la cantidad de 4.169 pesetas que se reclamaron, y por consiguiente, que no hubo lugar á pronunciar sentencia de remate, por estar pagados los cuatro primeros plazos, únicos vencidos á la fecha de la demanda, faltándole á ésta la causa:

Resultando que á su vez la demandada, en el escrito de dúplica, insistió en las alegaciones y pretensiones del de contestación, y practicada la prueba documental, de confesión en juicio y testifical que las partes propusieron, el Juzgado dictó sentencia, declarando: primero, que la ejecutada, al entablarse contra ella la ejecución de que el presente juicio dimanaba, no era en deber á Doña Encarnación Marquez cantidad alguna, por estar pagada la totalidad del préstamo de 16 de Abril del 86, y antes, por el contrario, Doña Encarnación Márquez debía á Doña Dolores Calvente el saldo que arrojase una liquidación pendiente; y segundo, la nulidad, con todas sus consecuencias legales, del título en virtud del cual adquirió Doña Encarnación las dos fincas en el procedimiento de apremio; y por consiguiente, condenó á ésta á restituir á Doña Dolores Calvente, en el término improrrogable de diez días, las indicadas dos fincas, con los frutos pendientes y los debidos producir desde que tomara posesión de ellas, y además á practicar una formal liquidación del saldo que pudiera deber á Doña Dolores Calvente Hurtado, abonando lo que legítimamente debiera; declaró asimismo no haber lugar por improcedente á la rescisión deducida por la demandante, é impuso las costas á la demandada:

Resultando que Doña Encarnación Márquez González Merchante interpuso apelación contra la mencionada sentencia, y la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, después de sustanciarse la alzada, dictó otra, con fecha 4 de Julio del próximo pasado año 1898, por la que se revoca la del inferior, en cuanto declara que la Doña Encarnación debe á Doña Dolores Calvente el saldo que resulte de una liquidación pendiente y la condena á practicar una formal liquidación del saldo que pueda deber á Doña Dolores, se absuelve á la Doña Encarnación Márquez de los

expresados pronunciamientos; y confirmando en los demás extremos el fallo apelado, se declara que la ejecutada Doña Dolores Calvente, al entablarse contra ella la ejecución de que dimanaba este pleito, no era en deber cantidad alguna á Doña Encarnación Márquez, por estar pagada la totalidad del préstamo de 16 de Abril de 1886; se declara asimismo la nulidad, con todas sus consecuencias legales, del título en virtud del cual adquirió la Doña Encarnación las dos fincas en el procedimiento de apremio, y por tanto, se la condena á restituirlas á Doña Dolores en el término improrrogable de diez días, con los frutos pendientes y los debidos producir desde que tomara posesión de ellas; y se declara, por último, no haber lugar, por improcedente, á la rescisión deducida por la demandante, sin expresa condena de costas de ninguna instancia:

Resultando que Doña Encarnación Márquez González Merchante ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Infracción de la segunda de las disposiciones transitorias del Código civil, por la que los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior surten todos sus efectos conforme á la misma, y de la cuarta de dichas disposiciones, según cuyo tenor, las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que los reconociera la legislación precedente; toda vez que en el caso de autos las acciones y derechos ejercitados nacen de los actos y contratos anteriores al Código, que formalizaron las escrituras de 16 de Abril de 1886 y 16 de Mayo del 88, y la sentencia recurrida les aplica los arts. 848, 433, 455, 1110, 1157 y 1173 del mencionado Código:

Segundo. Infringirse igualmente las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª del tít. 14 de la Partida 5.ª, que respectivamente establecen: «debe el pagamiento ser fecho de manera que finque pagado; ome es libre de la obligacion en que era pagando lo que deue; y deuerse fazer de tales cosas como fueron puestas é prometidas»; por cuanto contra la presunción racional de que haya hecho la demandante pagos que no acredita, y que ausente é insolvente haya pagado en dos años más de 4.000 pesetas, y contra la doctrina universalmente admitida de que *onus probandi qui agit et affirmat*, se admite la presunción fundada en el art. 1110 del Código civil, ley posterior é inaplicable, y torturando la letra y sentido de la escritura del 88, se declara pagada una deuda que no se prueba haber pagado conforme á las leyes vigentes al contraerla, y que, según toda presunción racional, existía cuando motivó la demanda ejecutiva:

Tercero. Porque no sólo infringe la sentencia recurrida el art. 1110 del Código civil y demás citados anteriormente, al aplicarlos á caso en que no son aplicables, sino que lo interpreta erróneamente, infringiendo la escritura y contrato de 16 de Mayo de 1888; pues si bien es cierto que conforme al mencionado artículo, el recibo del último plazo implica el de toda la deuda, y que en la escritura de 16 de Mayo se imputan 500 pesetas al pago de parte del octavo y último plazo del préstamo, no hubo ni aquélla contiene recibo ó carta de pago de dicho último plazo; probando que no existió tal recibo la escritura al aplicar en la forma que lo hace las 500 pesetas, y la demanda, al afirmar que después de la escritura del 88, con las cañas y lo cobrado del Estado en 1891, se concluyó de pagar:

Cuarto. Por haber incurrido la mencionada sentencia en error de hecho en la apreciación de la prueba, con infracción de la doctrina invocada de que probar corresponde al que demanda y afirma contra el que

excepciona y niega, infracción asimismo de la ley 114, tít. 18, Partida 3.ª, bajo cuyo imperio se realizó el contrato de 1888, y del art. 1218 del Código civil vigente al apreciar su fuerza probatoria; puesto que afirmando la demandante haber pagado todos los plazos de su deuda, no ha probado haberlo hecho de ninguno de los que negó la demandada; siendo necesario violentar el sentido de la escritura de 16 de Mayo de 1888 para deducir una presunción que no merece tal nombre, pues de su letra no resulta que sea carta de pago del último plazo, ni que fuera su intención otra que la que mueve á todo acreedor de imputar una cantidad que recibe al plazo más lejano para reembolsarse antes, y, por el contrario, se afirma en el ingreso de la escritura la subsistencia de la deuda y en las estipulaciones se deja sin reducción toda la hipoteca, á pesar de que, según la versión de la demandante y de la sentencia, quedaba á deber solamente 15 pesetas y 62 céntimos y medio; cometiendo la Sala sentenciadora el invocado error de derecho, con infracción del que establece la fuerza probatoria de los documentos públicos y la necesidad de probar en el que demanda y afirma, al pronunciar su fallo, en la presunción de estimar pagados todos los plazos de una deuda, sin que el deudor haya presentado más prueba de ello que una escritura autorizada antes de la novedad que introdujo el art. 1110 del Código civil, y en que no se acusa recibo del último plazo de la deuda, sino que por adelantar su completo cobro se imputa á aquel, de acuerdo con el deudor, una cantidad cobrada;

Quinto. Cometer la mencionada Sala igualmente error en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 1251 del Código civil, según el que, las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario; en cuanto, aun admitiendo que alguna presunción en favor de haber pagado los plazos anteriores pudiera establecerse, fundada en que se recibió una cantidad imputándola al último, tal presunción quedaría destruída por los hechos de no haber probado dicho pago y de haber pretendido, involucrando cuentas distintas, tener completado con cañas el de la hipoteca, y por las declaraciones de la misma escritura del 88, en la que por 15 pesetas 62 y medio céntimos del resto del último plazo no se había de declarar expresamente que se dejaba subsistir íntegra y sin reducción alguna toda la hipoteca; y

Sexto. Infringirse, por último, en la sentencia recurrida el artículo 1301 del repetidamente nombrado Código; pues aun siendo ineficaces todos lo motivos anteriormente alegados, queda siempre el de que la demandante pidió en 5 de Mayo de 1896, fecha de la demanda, la nulidad que la sentencia le concede del título en cuya virtud adquirió Doña Encarnación Márquez, y este título fué la escritura judicial de 1.º de Diciembre de 1891, que no ha sido impugnada, ni se aprecia que no pudo impugnarse dentro de los cuatro años que para ello marca el artículo citado 1301 del Código civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la cuestión fundamental del presente recurso es la de si procede anular la ejecución despachada á instancia de Doña Encarnación Márquez contra Doña Dolores Calvente, y por consecuencia, la venta judicial de dos fincas hipotecadas por la segunda en garantía del préstamo de 4.125 pesetas que se obligó á pagar á la primera en ocho plazos anuales de 515 pesetas y céntimos, el cual supone Doña Dolores totalmente extinguido con la escritura de venta de cierta parte de las fincas hipotecadas otorgada el 16 de Mayo de 1888, en que se estipuló la imputación de 500 pesetas, que del precio dejó de recibir Doña Dolores, al octavo y último plazo de la deuda antes expresada:

Considerando que el precepto del art. 1110 del Código civil, de que el recibo, sin reservas, del último plazo de un débito extingue la obligación en cuanto á los anteriores, como disposición nueva en nuestro derecho positivo, no es aplicable á la interpretación de un contrato celebrado en 16 de Mayo de 1888, y que al resolver por su contenido la cuestión de este pleito, se han infringido el mismo artículo mencionado, aplicándole indebidamente, y la 2.ª y 4.ª de las disposiciones transitorias de dicho Código:

Considerando que en la mencionada prescripción jurídica, inaplicable al caso, es en la que se funda la sentencia recurrida, y no en la apreciación de las pruebas, de que Doña Dolores hubiese pagado; pero que aunque así no fuera, habría error de hecho, demostrado con documento auténtico, como lo es la misma escritura de 1888, en afirmar que la deuda estaba totalmente satisfecha, cuando lo que ésta expresa es sólo que se imputaban 500 pesetas al último plazo, y á lo que dicha escritura dice y no á cosas distintas es á lo que hay que atenerse; y

Considerando, por lo expuesto, que no hallándose demostrado jurídicamente ni de hecho el pago en cuya virtud se pretende obtener la nulidad de la ejecución y venta judicial de que se trata, la sentencia que á tales pretensiones accede, infringe las disposiciones citadas é invocadas en los tres primeros motivos del recurso y procede su casación, sin que sea necesario entrar en el examen de los demás fundamentos alegados como derivaciones de los anteriores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Encarnación Márquez González Merchante; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 4 de Julio del año próximo pasado dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 1.º de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 85.—TRIBUNAL SUPREMO.—2 de Marzo, pub. el 11.

Competencia.—*Revindicación.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado de primera instancia de Cádiz la pronunciada con el de igual clase del distrito de la Universidad de Madrid, sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Ezequiel Solís contra D. Ignacio Noriega.

En sus considerandos se establece:

Que fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, tiene preferente competencia para conocer de los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el Juez del lugar donde estén situados los bienes, á tenor de lo prescrito en la regla 3.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Marzo de 1899, en la competencia, pendiente ante Nos, entablada por requerimiento de inhibición del Juzgado de primera instancia de Cádiz al de igual clase del distrito de la Universidad de esta capital, en el conocimiento de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, formulada por D. Ezequiel Solís y Peyronet, cesante, de esta vecindad, contra D. Ignacio Noriega, como representante de la razón social Noriega y Compañía, domiciliada en Cádiz, sobre reivindicación de ciertos terrenos ó abono de 250.000 pesetas; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo dicho demandante y los liquidadores de la mencionada Sociedad, representados y defendidos respectivamente por los Procuradores D. Fermín Bernaldo de Quirós y Don Manuel Martín Veña y Ranero, y los Letrados D. Manuel Zancajo y Don Francisco Silvela:

Resultando que D. Ezequiel Solís y Peyronet, como heredero testamentario de sus abuelos D. Juan Bautista Peyronet y Doña María Rodríguez, con fecha 17 de Febrero del próximo pasado año 1898 formuló demanda, que fué repartida al Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte, con la pretensión de que se le declarase pobre para litigar con los herederos de D. Manuel María Hazañas; con los herederos también de D. Ricardo Lacassaigne é Ibáñez; con D. Manuel Rodríguez de Llano ó sus herederos, representante de la Compañía privilegiada de los puertos, embarcaderos marítimos y terrenos de Cádiz, Sociedad anónima francesa, que tuvo su domicilio en París; con D. Julio J. Hennecart ó sus herederos; con D. Manuel Romero y García, como representante legal de Doña Rafaela de la Torre y Messía; con D. Miguel Aguirre y Corbeto; con D. Juan Vea-Murguía, y con Noriega y Hermanos, como propietarios en la actualidad de los astilleros de Cádiz; á cuyo efecto solicitó se publicaran las citaciones y emplazamientos en los periódicos oficiales, por ignorar el domicilio de los demandados; y verificado así, después de los debidos trámites, el Juzgado, en 6 de Junio del citado año 1898, dictó sentencia accediendo á la pretensión del demandante:

Resultando que el prenombrado D. Ezequiel Solís y Peyronet, con fecha 12 de Octubre de aquel año 1898 dedujo demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Ignacio Noriega, como representante de la razón social Noriega y Compañía, de los astilleros de Cádiz, con la pretensión de que se le condenara á entregar al demandante y á poner á su disposición la octava parte de los terrenos en los que hoy están enclavados dichos astilleros, ó á entregarle 250.000 pesetas, valor en que se estimaban aquéllos, con los intereses devengados durante los años que habían sido detentados, los perjuicios consiguientes y las costas:

Resultando que en apoyo de la enunciada solicitud alegó sustancialmente D. Ezequiel Solís: haberse concedido en 25 de Enero de 1865 á D. Ricardo Lacassaigne de Ibáñez autorización para construir un embarcadero en el puerto de Cádiz, por lo que el 3 de Abril siguiente, mediante escritura pública, se formó una Sociedad, en la que figuraban D. Manuel María Hazañas y Cecilio, D. Juan Bautista Peyronet Sáez, D. Manuel Rodríguez de Llano y D. Ricardo Lacassaigne, para la construcción de muelles de atraque en los puertos que les conviniera por un sistema de que había obtenido privilegio de introducción Lacassaigne, nombrándose á Peyronet en dicha escritura administrador facultativo, con un 18 por 100 de los productos del negocio, y á D. Ricardo Lacassaigne Director gerente del muelle de Cádiz; haberse concedido á Lacassaigne por el Ministerio de Fomento, á fin de solucionar las dificultades que los de

Guerra y Marina opusieron para el emplazamienro del muelle proyectado en Cádiz, la autorización necesaria á fin de rellenar, terraplenar y rodear con un muro de contención los arrecifes llamados Los Corrales de Punta de la Vaca, ganando con ello al mar un gran espacio de terreno, del que en la Real orden de concesión se le consideraba como dueño; haber otorgado en 28 de Marzo de 1866 una nueva escritura los mismos individuos que intervinieron en la ya mencionada de 3 de Abril del 65, á excepción de D. José María Llaguera, que renunció y cedió su participación en la Sociedad, señalándose en dicho documento, que tenía el mismo objeto que el anterior, á Peyronet un 15 por 100 del total de los productos que á la Sociedad reportara la construcción y explotación del muelle embarcadero de Cádiz; otorgándose en 3 de Enero de 1868 otra escritura, por la que D. Juan Bautista Peyronet cedió y traspasó á D. Manuel María Hazañas el 7 por 100 del 15 que le correspondía en la Sociedad constructora de muelles de hierro, garantizando Hazañas que el 8 por 100 que Peyronet se reservaba sería libre de todo coste, sin que se le pudieran exigir dividendos ni repartos de ninguna clase, debiendo percibirlo siempre, fueran los que fuesen los arreglos de traspaso, venta ó cesión que del muelle metálico se realizaran; habiendo formado poco después en París D. Manuel María Hazañas una Sociedad para la explotación del privilegio de Lacassaigne, sin que al firmarse la escritura de constitución se hiciera constar el derecho de Peyronet sobre el muelle de Cádiz, cuya Sociedad, según creía el demandante, se había declarado en quiebra; haber fallecido D. Manuel María Hazañas, por lo que su viuda y testamentario y D. Juan Peyronet, el 6 de Septiembre de 1873 autorizaron un contrato privado, en el cual aquéllos reconocieron á éste su derecho al mencionado 8 por 100, y declararon procedía se practicase una liquidación de las cantidades que Hazañas había percibido, de las cuales nada había entregado á Peyronet; haber autorizado el Ministerio de Fomento la cesión que la viuda de Lacasaigne hizo en Septiembre de 1880 á Don Julio José Hennecart, quien á su vez, en escritura autorizada en París el 28 de Julio de 1888, vendió sus derechos á D. Manuel Aguirre y Corbeto; que en 24 de Noviembre de aquel año acudió al Ministerio de Fomento solicitando la declaración de nulidad de las concesiones otorgadas á Lacassaigne y Hennacart por no haber cumplido el objeto para que fueron hechas, y la de que, en su consecuencia, no quedaba subsistente más que la de propiedad de los terrenos ganados al mar, los cuales debían mandarse inscribir en el Registro de Cádiz, á todo lo cual se accedió por dicho Ministerio, que asimismo reconoció la transferencia que en 11 de Julio de 1890 hizo el D. Manuel Aguirre á D. Juan Vea-Murguía; haber adquirido con posterioridad al citado año 1890 D. Ignacio Noriega los mencionados terrenos; y haber fallecido D. Juan Bautista Peyronet el 3 de Enero de 1875, dejando por herederos á sus hijos, y en representación de una hija que había fallecido, á su nieto, el demandante, D. Ezequiel Solís:

Resultando que el enunciado demandante consignó además en su demanda varios fundamentos de derecho, y en parte de ellos el principio general *res ubicumque sit pro domino suo clamat*, aplicable al caso de autos, en cuanto que la participación que su causante tenía en los terrenos que se reivindicaban aparece detentada, siendo, por lo tanto, indiscutible la reivindicación de la misma; y las leyes 23, 54 y 55 del tít. 5.º de la Partida 5.ª, que corroboran el principio jurídico de que el que compra cosa ajena está obligado á restituirla, sancionado por la ley 19 de los mismos título y Partida:

Resultando que en la misma demanda pidió también el actor que

para la citación y emplazamiento del demandado se expidiera el oportuno exhorto á la ciudad de Cádiz, y acompañó á la demanda copias simples de varios documentos, entre ellos, de la escritura de 3 de Abril de 1865, por la que D. Manuel María Hazañas, D. Juan Bautista Peyronet, D. José María Llaguera, D. Manuel Rodríguez de Llano y D. Ricardo Lacassaigne formaron Sociedad para la construcción de muelles de atraque para buques en los puertos marítimos que les conviniera, bajo las cláusulas y pactos que estipulaban, los cuales se obligaban á cumplir con sus bienes y rentas, puntual y exactamente, sin tergiversación alguna, sometiéndose á las justicias de esta corte, al objeto de que se los hicieran cumplir en todo y por todo; de otra escritura fechada el 28 de Marzo de 1866, que autorizaron los mismos que la anteriormente expresada, á excepción del D. José María Llaguera, por virtud de la que modificaron las bases á que debía ajustarse la marcha de la Sociedad, sometiéndose los individuos que de ella formaban parte, expresamente, á las justicias de S. M. de esta corte, para que lo hiciesen cumplir en todo y por todo, dejando sin valor ni efecto el contrato de 3 de Abril de 1865; y de otra escritura de fecha 3 de Enero de 1868, en la cual, después de referirse á la de 28 de Marzo del 66, D. Juan Bautista Peyronet cedió á D. Manuel María Hazañas cierta participación en los derechos que aquél tenía en la Sociedad constructora de muelles de Hierro, obligándose á la estabilidad y firmeza de aquella escritura, designando esta capital para oir las notificaciones y practicar las demás diligencias á que la misma pudiera dar lugar:

Resultando que expedido el oportuno exhorto para la citación y emplazamiento del demandado, que tuvo lugar en Cádiz, acudió D. Ignacio de Noriega y Noriega, como Gerente de la Sociedad Astilleros de Vea-Murgía, Noriega y Compañía, al Juzgado de primera instancia de aquella ciudad, con escrito solicitando requiriera de inhibición al del distrito de la Universidad de Madrid; á lo cual, de conformidad con el dictamen del Ministerio fiscal, accedió aquél, por entender que, conforme á lo dispuesto en el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, será Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de todas clases aquel á quien los litigantes se hubiesen sometido expresa ó tácitamente; y como en el caso de autos no aparecía dato ni antecedente alguno que demostrase que los actuales demandados se hubiesen sometido al Juzgado donde radicaba la demanda cuya competencia se combatía, era necesario acudir, á fin de decidir la cuestión, á las reglas establecidas en el art. 62 de la citada ley; y que tratándose, sin género alguno de duda, del ejercicio de una acción real sobre bienes inmuebles, que radicaban exclusivamente en la jurisdicción del Juzgado que proveía, era aplicable la regla 3.ª del citado artículo, que determina que en los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles será Juez competente el del lugar donde esté situada la cosa litigiosa:

Resultando que impugnada la inhibición ante el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad por D. Ezequiel Solís y Peyronet y por el Fiscal municipal, se negó aquél á inhibirse, por considerar que la regla 3.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que fundaba su competencia el Juzgado de Cádiz, como las demás que se establecen en dicho artículo y siguientes, relativas á tal materia, sólo rigen para los casos que estén fuera del precepto general, consignado en el art. 56, que da la competencia al Juez á quien las partes se hubieren sometido expresa ó tácitamente; y que en las escrituras de 3 de Abril de 1865, 28 de Marzo del 66 y 3 de Enero del 68, acompañadas por copia sim-

ple á la demanda y fundamentales de la Sociedad demandada, se sometieron los otorgantes á los Jueces de esta corte, afectando tal sumisión, no sólo á aquéllos, sino también á sus sucesores y á la entidad jurídica que encarnaban:

Resultando que á su vez el Juzgado de Cádiz insistió en el requerimiento de inhibición, por las consideraciones que tenía expuestas, y porque, dado el objeto y alcance de las enunciadas escrituras, así como las personas que las otorgaron, no era posible en modo alguno estimar que la sumisión expresa que en ellas se consigna comprenda la cuestión concreta objeto de la demanda, puesto que ni en dichas escrituras se habla para nada de los terrenos de cuya reivindicación se trata, ni los actuales demandados, ni sus causahabientes, hicieron ninguna clase de sumisión para el caso de que hubiera de cuestionarse el dominio y posesión de los terrenos en que estaban construídos los astilleros, y en su virtud, descartada tal sumisión expresa, de que no existía rastro, que era el único fundamento del Juzgado de Madrid, quedaba de perfecta y única aplicación la regla 2.ª del art. 83 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que, en su consecuencia, cada uno de los predichos Juzgados ha remitido las actuaciones de su razón á este Tribunal Supremo, en el que el Ministerio fiscal ha pedido que se decida la competencia á favor del de Cádiz.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, tiene preferente competencia para conocer de los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles el Juez del lugar donde estén situados los bienes, á tenor de lo prescrito en la regla 3.ª del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que la acción ejercitada en este pleito, aunque el demandante no la haya calificado de modo alguno, es la reivindicatoria, puesto que tiene por objeto la entrega de ciertos terrenos situados en Cádiz, y se dirige contra la razón social Noriega y Compañía, no como obligada por contrato á entregarlos, sino en concepto de poseedora de los mismos terrenos á título de compra hecha á un tercero, que á juicio del mismo demandante vendió lo que era ajeno:

Considerando, por lo expuesto, que el conocimiento de este pleito corresponde al Juez de Cádiz, á cuya competencia no se opone la sumisión á los Jueces de esta corte, que para resolver las cuestiones que surgieran entre los socios hicieron éstos al otorgar las escrituras de 1865 y 66, porque ni se trata del cumplimiento de lo convenido en dichos documentos, ni la razón social demandada fué parte en su otorgamiento;

Fallamos que debemos declarar y declaramos corresponder el conocimiento de la mencionada demanda al Juzgado de primera instancia de Cádiz, al que, con la oportuna certificación, se remitan, á los efectos procedentes, todas las actuaciones elevadas á este Tribunal Supremo con motivo de la presente competencia, comunicándose esta resolución al del distrito de la Universidad de esta corte; y siendo las costas de cuenta respectiva de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Joaquín González de la Peña.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 2 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 86.—GRACIA Y JUSTICIA.—2 de Marzo, pub. el 20.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS dejando sin efecto la negativa del Registrador de la propiedad de Gijón á inscribir un testimonio de hijuela.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según prescribe el art. 838, núm. 6.º, de la ley orgánica del Poder judicial, corresponde al Ministerio fiscal la representación de los ausentes hasta que se les provea de persona que defienda sus derechos y propiedades en todo lo que fuere necesario.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por D. Anselmo Suárez Nava contra la negativa del Registrador de la propiedad de Gijón á inscribir un testimonio de hijuela, pendiente en este Centro en virtud de apelación de dicho Registrador:

Resultando que Doña Bernarda Rodríguez León y su marido Don Francisco Castro Santurio otorgaron con fecha 24 de Marzo de 1884 testamento de mancomún, por el que se instituyeron mutuamente herederos usufructuarios vitalicios, y dispusieron que al fallecimiento del último de los dos se dividieran sus bienes en dos lotes iguales, uno para los parientes de Doña Bernarda, entre los cuales citan á su hermano Don Manuel, ó en su falta los hijos é hijas de éste, y otro para los parientes de D. Francisco, todos ellos designados nominalmente:

Resultando que fallecida la expresada Doña Bernarda bajo el relacionado testamento en 9 de Octubre de 1884, su viudo, el nombrado Don Francisco, otorgó con fecha 3 de Diciembre de 1891 nuevo testamento, en el que, después de hacer mención de lo dispuesto por él y su esposa en el anterior, dispuso se tenga como herencia de la Doña Bernarda la mitad de todo el caudal que quedare al fallecimiento del testador, y la otra mitad como herencia suya, respecto de la que nombraba herederos por partes iguales á sus sobrinos D. Francisco Piñera, D. Francisco de Castro García, D. Evaristo, D. José y D. José Antonio Ibaseta, y Doña Rita, Doña Josefa, Doña Sabina, Doña Balbina, D. Maximino, D. Antonio y D. Joaquín de Castro Suárez, nombrando por su albacea y ejecutor testamentario á D. Manuel Menéndez Cortina; y para el caso de que éste faltase, á D. Anselmo Suárez, «con amplias facultades para incautarse de todo el haber que quede del testador, para cumplir con su entierro, sufragios, limosnas y cuanto más deja dispuesto; pagar sus deudas, si alguna dejare; cobrar sus créditos, rentas y productos de todas clases; liquidar cuentas, censurarlas y aprobarlas; cobrar ó pagar saldos, arreglar todas las operaciones de la testamentaría, y representarla en juntas y demás operaciones, y administrarla en tanto que no se ultime, pudiendo también obrar como perito y contador. Además le faculta para vender el todo ó parte de los bienes que queden del otorgante, pudiendo al efecto inscribirlos á nombre del mismo en el Registro de la propiedad en concepto de tal albacea, á fin de cumplir con dichas disposiciones y

de distribuir en dinero la parte correspondiente á los herederos; recibir el precio y dar carta de pago de su importe; otorgar y aceptar para todo las correspondientes escrituras. Le concede para cumplir con el albaceazgo el término de dos años, con prórroga del que fuere necesario, si bien le encarga el pronto despacho»:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de D. Francisco Castro Santurio en 12 de Enero de 1892, se practicaron extrajudicialmente las operaciones particionales de la herencia de éste y de su mujer Doña Bernarda Rodríguez León, mediante escritura otorgada con fecha 19 de Septiembre de 1892; la cual escritura no fué admitida á inscripción en el Registro de la propiedad por varios defectos subsanables que no son del caso, y por el insubsanable de ser nulo, por haber sido otorgado solamente ante dos testigos el testamento de D. Manuel Rodríguez León, uno de los herederos de la Doña Bernarda, fallecido en la isla de Cuba en 7 de Marzo de 1885, en cuyo título fundan su representación y derecho á esta herencia en dicha partición los hijos de aquél, D. José Manuel y Doña Marcelina; consignándose en la referida escritura que el expresado D. Manuel Rodríguez León había instituído en dicho testamento por sus únicos y universales herederos á sus hijos naturales, los nombrados D. José y Doña María Marcelina, á los cuales expresamente reconocía como tales hijos:

Resultando que promovido juicio voluntario de testamentaría de los repetidos esposos D. Francisco de Castro Santurio y Doña Bernarda Rodríguez León por la heredera Doña Josefa Rodríguez Suárez, «por la imposibilidad de conseguir que algunos interesados concurran con los demás á practicar las diligencias necesarias á subsanar defectos que hacen no puedan inscribirse en el Registro las operaciones partitivas hechas extrajudicialmente en cumplimiento de disposiciones testamentarias», y pedida por dicha heredera la citación de todos los interesados, todos fueron citados personalmente, excepto D. Manuel Rodríguez León, que aparece haber fallecido en 7 de Agosto de 1885, y los que se creyeran sus herederos, habiéndose personado en forma D. José y D. Manuel Fernández Rodríguez, Doña Paula Noriega, Doña Josefa, Doña Rosa, Doña Bernarda Ramona Rodríguez León y Doña María Josefa Noriega y Rodríguez, estando representados los ausentes en Ultramar y de paradero ignorado por el representante del Ministerio fiscal, y los demás, acusándoles la rebeldía, por los estrados del Tribunal:

Resultando que seguido el juicio de testamentaría por todos los trámites hasta el nombramiento de contadores, y entregados los autos á éstos para el desempeño de su cargo, practicaron con fecha 23 de Octubre de 1896 las operaciones particionales de la herencia relicta por fallecimiento de los referidos esposos, haciendo, de conformidad con las disposiciones testamentarias de los mismos, dos lotes iguales, uno para los herederos de la mujer y otro que se adjudicó á D. Manuel Menéndez Cortina, como albacea del marido, para distribuir entre los herederos de éste; las cuales operaciones fueron aprobadas judicialmente por auto de 18 de Diciembre de 1896 y protocoladas en la Notaría de D. Narciso Reguera Beltrán, después de haber sido notificada en forma á todos los interesados la providencia en que se mandó ponerlas de manifiesto y haber transcurrido el plazo legal sin que se formulara reclamación alguna:

Resultando que presentado en el Registro de la propiedad un testimonio de la hijuela del referido albacea D. Manuel Menéndez Cortina, expedido por el mencionado Notario con fecha 25 de Enero de 1897, el Registrador denegó su inscripción por los motivos siguientes; primero,

porque con arreglo á lo dispuesto en los artículos 904 y siguientes del Código civil, los albaceas de D. Francisco Castro carecen de personalidad para representar á los herederos por el lapso del término señalado por la ley para el cumplimiento de su cargo; segundo, porque constando el fallecimiento del heredero D. Manuel Rodríguez León y Menéndez, se ignora quienes son sus herederos, los cuales no han sido parte en la testamentaría ni se hallan representados por el Ministerio fiscal, el cual sólo puede representar á los comprendidos en el art. 1059 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero no á los que son completamente desconocidos»; suspendiendo además la inscripción por otro defecto subsanable, que no ha de ser objeto de la resolución de este Centro, porque la providencia apelada del Presidente de la Audiencia ha sido consentida en este punto por las partes y ha quedado firme en su consecuencia.

Resultando que el albacea D. Anselmo Suárez Nava interpuso recurso gubernativo contra la negativa de inscripción de dicho testimonio de hijuela, solicitando que se declare inscribible este documento, y exponiendo: que habiéndose otorgado la primera escritura particional dentro del término del albaceazgo, tiene el albacea facultades bastantes para otorgar una escritura como la denegada, que al fin es sólo de subsanación de defectos de la primera, máxime si se tiene en cuenta que los herederos sólo aparecen instituídos en el precio de unos bienes que el albacea puede inscribir á su nombre y enajenar libremente; que debe apreciarse para la resolución de este recurso la extensión del albaceazgo, pues tales facultades le confirió el testador, que más que albacea parece heredero de confianza; que respecto á la citación de los herederos de Don Manuel Rodríguez, se han cumplido las prescripciones legales, puesto que los demás coherederos han señalado la persona á quien por disposición testamentaria correspondía la participación en la herencia, y no tenían la obligación de determinar los herederos de dicha persona, ni era empresa fácil habiendo ocurrido el fallecimiento á tan larga distancia; por lo cual, y en cumplimiento del art. 984 de la ley procesal, se practicó la citación por edictos y tuvo su intervención en el juicio el Ministerio fiscal; y por último, que las citaciones de que se trata han sido aprobadas por la Autoridad judicial, y los Registradores no tienen facultades para calificar los trámites procesales, porque á los Tribunales de justicia es á quien corresponde arreglar el procedimiento conforme á las leyes:

Resultando que, oído el Registrador, sostuvo la procedencia de su calificación, é informó: que el albaceazgo de D. Francisco Castro, con la prórroga otorgada por el testador, terminó en 12 de Enero de 1895, según lo dispuesto en el art. 905 del Código civil, puesto que los albaceas no pidieron ni obtuvieron del Juez ni de los herederos nueva prórroga; que no sólo no cumplieron su cometido dentro de ese término, sino que todavía está por cumplir, toda vez que, dada la forma en que se hizo la adjudicación al albacea, se impone la necesidad, por parte de éste, de ejercer actos de tal para la distribución de los bienes entre los herederos, cualquiera que sea el modo y forma en que lo verifique; que esta testamentaría no es documento suplementario de la escritura de partición de 1892, de la cual hay que prescindir en absoluto como si no existiera, porque ha sido denegada su inscripción en el Registro y no se ha recurrido contra la nota denegatoria que lleva la fecha de 6 de Noviembre de 1894; que no hay tal heredero de confianza ó fiduciario, sino albacea, puesto que albacea le llama el testador, con tal carácter intervino en la testamentaría y con el mismo carácter ha interpuesto el presente recurso; que en la testamentaría que lo ha motivado existen herederos que

se dicen desconocidos y no han estado representados por nadie, toda vez que el Ministerio fiscal no ha podido representarlos, ya que sólo puede representar á los comprendidos en el art. 1059 de la ley de Enjuiciamiento civil; que esos herederos no son desconocidos, puesto que refiriéndose á los de D. Manuel Rodríguez León, resulta de la primera escritura de partición, en la que se inserta el testamento de éste, que reconoció en dicho testamento por hijos naturales á D. José y Doña María Marcelina, y que no tenía ascendientes ni descendientes legítimos; y que, conforme á la orden del Poder Ejecutivo de 24 de Noviembre de 1874 y Real decreto de 3 de Enero de 1876, los Registradores tienen competencia para calificar los documentos en que intervienen los Tribunales, según ha declarado esta Dirección en las Resoluciones de 14 de Marzo de 1884 y 3 de Abril de 1893:

Resultando que el Juez Delegado, reconociendo las facultades de los Registradores para calificar los defectos en el procedimiento, confirmó la negativa del Registrador, por considerar: que cuando el albacea firmó las operaciones particionales del juicio de testamentaría, carecía de personalidad para representar á los herederos, porque había terminado el albaceazgo por el lapso de tiempo, por lo cual debió citarse á dichos herederos para que se personasen en los autos; que constando el fallecimiento del heredero D. Manuel Rodríguez, han debido determinarse y citarse sus herederos para el juicio; y aun en el supuesto de que estos últimos pudieran estimarse como personas ausentes y de ignorado paradero, debió nombrárseles un representante en la testamentaría, según lo dispuesto en el art. 181 del Código civil:

Resultando que de la resolución del Juez Delegado apeló el recurrente para ante el Presidente de la Audiencia, insistiendo en sus anteriores razonamientos, y añadiendo: que no es cierto que se omitiera citar á los herederos para que se personasen en los autos de testamentaría, dado que todos fueron citados personalmente, y con su asentimiento continuaron las operaciones, equivaliendo su aquiescencia á una prórroga de atribuciones al albacea que autoriza el art. 306 del Código civil; y que si bien el art. 181 del mismo Código debe tener aplicación cuando haya intereses abandonados por ausentes, de esto á suponer que la ley impone á los herederos necesariamente la obligacion de designar persona que represente al ausente, hay grande diferencia:

Resultando que el Presidente de la Audiencia declaró inscribible el testimonio de hijuela que es objeto de este recurso, subsanado que sea el defecto subsanable alegado por el Registrador, fundándose en que no puede subordinarse al criterio de este funcionario la marcha y discusión del procedimiento, ni la justicia y legalidad de una resolución judicial firme, como el auto de aprobación de las peticiones, que ni aun podrían alterar los mismos Tribunales superiores, y en que los trámites procesales y los fundamentos de las resoluciones judiciales quedan fuera de la calificación de los Registradores, según la doctrina consignada en las resoluciones de 27 de Abril, 5 de Mayo y 5 de Junio de 1894:

Resultando que el Registrador apeló para ante este Centro de la dictada por el Presidente de la Audiencia, exponiendo: que dichas tres resoluciones no tienen aplicación al presente caso, por tratarse de anotaciones de demandas y declaraciones de herederos, sin analogía alguna con lo que es objeto del recurso, y que en cambio de las de 18 de Diciembre de 1878, 27 de Noviembre de 1879, 21 de Junio de 1882, 14 de Marzo de 1884 y 30 de Mayo de 1898, resulta evidentemente que los Registradores calificaron particiones aprobadas judicialmente, señalando defectos de capacidad, sin que se les hubiera negado la facultad de exa-

minar dichos documentos; que por considerar el albacea sin capacidad para representar á los herederos de D. Francisco Castro, y al Ministerio fiscal para intervenir en representación de personas inciertas, en nada ni para nada ha invadido con esta calificación las atribuciones de los Tribunales de justicia, que no habían resuelto la cuestión, que ni fué controvertida ni siquiera iniciada; y habiendo sido planteada en la nota denegatoria y sostenida en su informe que da por reproducido, quedarían sin resolver, con grave perjuicio de los interesados, si prevaleciera la doctrina de que no tenía facultades para calificar el documento:

Vistos los artículos 181, 905 y 996 del Código civil; 838, núm. 6.°, de la ley orgánica del Poder judicial, y 1059 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que los herederos de D. Manuel Rodríguez León han estado legalmente representados por el Ministerio fiscal en los autos de la testamentaría de los cónyuges D. Francisco Castro Santurio y Doña Bernarda Rodríguez León, por la participación que pudiera corresponder á su difunto padre en la herencia de aquéllos, dado que, según prescribe el art. 838, núm. 6.°, de la ley orgánica del Poder judicial, corresponde á dicho Ministerio la representación de los ausentes hasta que se les provea de persona que defienda sus derechos y propiedades en todo lo que fuere necesario, y no consta que se les haya provisto de tal persona, ni que haya llegado el caso de cumplirse y se haya cumplido lo dispuesto en el art. 181 del Código civil, invocado por el Juez Delegado:

Considerando que representados legalmente los expresados herederos por el Ministerio público, representados otros por los estrados del Tribunal y compareciendo los demás por su propio derecho, es visto que todos ellos han sido parte en los autos de la testamentaría de los referidos cónyuges, y han consentido y por ende reconocido la personalidad del albacea, prorrogando de esta suerte, en uso del derecho que les concede el art. 906 del Código civil, el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que creyeron necesario para los fines de la adjudicación:

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. á los efectos consiguientes. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 2 de Marzo de 1899.=El Director general, Ramón Cepeda.=Sr. Presidente de la Audiencia de Oviedo.

Núm. 87.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Marzo, pub. el 11.

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de Madrid la promovida con el de igual clase de Sarria, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. José Fons contra D. Francisco Freire.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que en el caso de reclamarse al demandado una cantidad, saldo de cuentas, procedente de efectos que le fueron remitidos para sí y por encargo para otros, los cuales le entregaban cantidades que el actor hacía efectivas por medio de giros, no constando más que por la afirmación del demandante, negada por el demandado que hubiere lugar designado para el pago del importe de aquellos efectos, ni que el segundo se hubiere sometido expresa ni tácitamente al Juzgado del demandante, es evidente que, por ser personal la acción ejercitada,

compete al Juzgado del domicilio del demandado el conocimiento de aquélla, con arreglo al ultimo párrafo del art. 1171 del Código civil.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, entablada por el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de esta capital al de igual clase de Sarria, en el conocimiento de una demanda de juicio declarativo de menor cuantía, formulada por D. José Fonz López, comerciante, vecino de dicha villa de Sarria, contra D. Francisco Freire y López, propietario, de esta vecindad, sobre pago de pesetas; cuyas partes no se han personado en este Supremo Tribunal:

Resultando que D. José Fonz López, con fecha 3 de Enero de 1898, formuló ante el Juzgado de primera instancia de Sarria, contra D. Francisco Freire y López, vecino de Madrid, demanda de juicio declarativo de menor cuantía, con la pretensión de que se declarase que el D. Francisco se hallaba obligado á pagarle en la mencionada villa de Sarria la cantidad de 826 pesetas 19 céntimos, condenándole en su consecuencia á consentirlo y verificarlo dentro de un plazo breve que al efecto se le señalase, y al pago de las costas del juicio:

Resultando que expuso como fundamentos de la enunciada solicitud. que en carta fechada en Madrid el 13 de Noviembre de 1895, D. Francisco Freire participó á Doña Juana Rivas que los sobrinos de Francisco Rico le habían entregado 281 pesetas 45 céntimos, de las cuales podía disponer; manifestándole en otra de 11 de Enero siguiente haber recibido un talón del ferrocarril, y que le abonaba en cuenta 465 pesetas 42 céntimo, diciéndole además, que si la precisaban fondos podía girar á su cargo 500 ó 600 pesetas; anunciándole igualmente en carta de fecha 15 del citado mes de Enero el recibo de una caja de longaniza, por la que le abonaban en cuenta 110 pesetas 47 céntimos; y por último, en otra de 27 del propio mes, le abona asimismo en cuenta 905 pesetas 20 céntimos, importe de una factura y talón recibidos, y 200 que un tal Argüello le había entregado como saldo de la cuenta que tenía con la Doña Juana Ruiz, cargándole además 1.000 pesetas por un giro aceptado, por lo que quedaba á favor de la Doña Juana un saldo de 105 pesetas 20 céntimos, que sumado á las partidas anteriormente mencionadas, formaba el total de 962 pesetas 54 céntimos; haber fallecido Doña Juana Rivas, hallándose viuda de D. Pedro Piñeiro, el 31 de Enero de 1896, siendo declarados herederos abintestato sus padres D. Pedro Rivas y Doña Juana Viñas, los cuales, en escritura formalizada en Sarria el 7 de Febrero de 1896, cedieron á D. Jose Fonz López todos los créditos y demás derechos que pudieran corresponderles como sucesores de su hija Doña Juana, para que los realizase utilizando los medios que creyera conveniente; y deber el demandado en aquella fecha 826 pesetas, que le fueron reclamadas particularmente cuando falleció Doña Juana Rivas, habiéndose obligado entonces á satisfacerlas en Sarria á los herederos de la misma; invocó, á fin de fijar la competencia, entre los fundamentos legales, la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, y presentó con la demanda las cartas que en ella se mencionan, en las cuales se consigna lo ya indicado, y además en una, que cuando realizaran la venta le haría la liquidación, y si el género llegaba en buenas condiciones, no perderían; certificado de defunción de Doña Juana Rivas; la declaración de herederos á favor de sus padres, y copia de la escritura de cesión que éstos hicieron al demandante:

Resultando que librado para la citación y emplazamiento del demandado el oportuno exhorto, correspondió por reparto al Juzgado de

primera instancia del distrito de Palacio de esta corte, al que acudió D. Francisco Freire con escrito de 9 de Marzo de 1898, suplicando que requiriera de inhibición al de Sarria, á cuyo efecto expuso: haber comprado, por cuenta propia unas veces y otras en participación, á Doña Juana Rivas diferentes mercaderías, que le fueron remitidas á esta capital, donde por encargo de aquélla cobró algunas cantidades, sin que se fijara fecha para el pago de dichas ventas, si bien en las cartas producidas con la demanda aparecía que la vendedora podría disponer del precio según se realizase la venta, y aun cuando nada se estipuló respecto al lugar del pago, ni hubo sumisión á Juez determinado, desde luego aparecía que había de verificarse el cumplimiento de la obligación en en esta corte, ya que en ella había cobrado D. Francisco Freire alguna cuenta por orden de Doña Juana, procedente de géneros remitidos, y además había efectuado pagos mediante giros librados á su cargo, según acreditaba una letra que producía; demostrar las cartas que también presentaba con su escrito, fechadas el 10 de Febrero y 28 de Abril, que el demandante D. José Fonz, considerándose acreedor del demandado por la cantidad de 826 pesetas 19 céntimos, le consultó si podía girar el saldo que decía tener á su favor, pues no quería hacerlo sin previa consulta; y ser evidente, conforme á la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no existiendo sumisión al Juzgado de Sarria, por ser personal la acción ejercitada y no haberse designado lugar para el cumplimiento de la obligación, correspondía á los Juzgados de esta corte, como domicilio del demandado, el conocimiento de la demanda; y citó las sentencias de este Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1857, 1.º de igual mes del 71, 22 de Septiembre y 17 de Noviembre del 86 y 7 de Enero, 5 de Febrero, 13 de Julio, 4 de Agosto y 7 de Septiembre del 87, y los arts. 72 al 90 de la enunciada ley de Enjuiciamiento; fundamentos por los cuales, en lo sustancial de los mismos, el Juzgado, de acuerdo con el dictamen del Fiscal municipal, accedió al requerimiento de inhibición solicitado:

Resultando que impugnada dicha inhibición ante el Juzgado de Sarria por D. José Fonz y por el Fiscal municipal, se negó aquél á inhibirse, por entender: que según dispone la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejercitan acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y sólo á falta de éste podrán serlo el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento; que en el caso de autos aparecía consignado en la demanda que D. Francisco Freire se obligó á satisfacer á los herederos de Doña Juana Rivas, en Sarria, la deuda que se reclamaba por el actor como subrogado en los derechos de dichos herederos; que, por lo tanto, se hallaba designada dicha población por convenio de las partes como lugar del cumplimiento de aquélla, y en tal caso, á dicho Juzgado correspondía conocer de la cuestión, conforme á lo establecido en primer término por el citado art. 62 de la ley de Enjuiciamiento; y que, en su virtud, no había que tener para nada en cuenta el domicilio del demandado, pues tal circunstancia sólo puede determinar la competencia cuando no aparece designado el lugar donde la obligación debe cumplirse:

Resultando que á su vez el Juzgado del distrito de Palacio de Madrid insistió en el requerimiento de inhibición, porque la razón alegada por el de Sarria, además de estar improbada y ser una mera afirmación del demandante, no desvirtuaba los fundamentos que se tuvieron en cuenta al formular el requerimiento; y en su consecuencia, cada uno de los pre-

dichos Juzgados ha elevado á este Supremo Tribunal las actuaciones de su razón, pidiendo el Ministerio fiscal en su dictamen que se declare competente á aquél.

Siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que se reclama al demandado una cantidad, saldo de cuentas, procedente de efectos que le fueron remitidos para sí y por encargo para otros, los cuales le entregaban cantidades que el actor hacía efectivas por medio de giros, no constando más que por la afirmación del demandante, negada por el demandado, que hubiese lugar designado para el pago del importe de aquellos efectos, ni que éste se hubiese sometido expresa ni tácitamente al Juzgado de Sarria, en cuyo caso, siendo acción personal la ejercitada, y Madrid el domicilio de Freire, es evidente que el Juzgado de Palacio de esta corte es el competente para conocer de la demanda contra éste interpuesta, con arreglo al último párrafo del art. 1171 del Código civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos corresponder el conocimiento de la mencionada demanda al Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de esta corte, al que con la oportuna certificación se remitan, á los efectos procedentes, todas las actuaciones elevadas á este Tribunal Supremo con motivo de la presente competencia, cuyas costas se declaran de oficio; y comuníquese esta resolución al de igual clase de Sarria.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 3 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 88.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Marzo, pub. el 16.

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid la competencia promovida con el de igual clase del distrito de San Antonio de Cádiz, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. Telesforo Hernández contra D. José Luis Rodríguez.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que en el contrato de compra y venta está obligado el comprador, según lo dispuesto en el art. 1500 del Código civil, á pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato, y si no se hubiese fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa que haya sido objeto de dicho contrato:

Que el lugar en que debió cumplirse la obligación, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, es la primera y principal circunstancia que sienta fuero en los juicios en que se ejercitan acciones personales, conforme á lo prevenido en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1899, en la competencia que pende ante Nos, por virtud de inhibitoria propuesta por el Juzgado municipal del distrito de San Antonio de Cádiz al de igual clase del de la Audiencia de Valladolid en el conocimiento del juicio verbal deducido ante el último por D. Telesforo Hernández Enríquez, vecino y comerciante de esta última capital, contra D. José Luis Rodríguez Guerra, vecino de Cádiz, sobre pago de pesetas; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo ninguna de las partes:

Resultando que en 4 de Agosto de 1898 acudió D. Telesforo Hernández Enríquez al Juzgado municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid, demandando en juicio verbal á D. José Luis Rodríguez Guerra, vecino de Cádiz, el pago de 232 pesetas que su hijo D. Joaquín le adeudaba por varias prendas de vestir y otros objetos que le había facilitado en el comercio que el demandante tiene establecido en la primera capital:

Resultando que citado el D. José Luis Rodríguez para la celebración del juicio verbal por medio de oficio dirigido al Juez municipal del distrito de San Antonio de Cádiz, promovió ante éste cuestión de competencia por inhibitoria, que, según se deducía de la papeleta de citación, se trataba del ejercicio de una acción personal, y que no habiendo contraído por su parte ningún contrato ni obligación con el demandante, y siendo su domicilio en Cádiz, el Juzgado de esta localidad era el competente para conocer de la reclamación de que se trata, conforme á la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil; y habiendo emitido el Ministerio fiscal dictamen favorable á la inhibición propuesta por D. José Luis Rodriguez, así lo acordó el Juzgado por auto de 2 de Septiembre, considerando para ello que en la demanda interpuesta por D. Telesforo Hernández se ejercita sin duda alguna la acción personal que corresponde para hacer efectiva la obligación impuesta por el art. 143 del Código civil al ascendiente de alimentar á su descendiente; y que ejercitándose esa acción personal y no existiendo en el presente caso sumisión de las partes, ni lugar señalado para el cumplimiento de la obligación, es Juez competente el del domicilio del demandado, según la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Resultando que recibido en el Juzgado municipal de la Audiencia de Valladolid el requerimiento de inhibición interesado por el de San Antonio de Cádiz, se dió vista al demandante y al Ministerio fiscal, que lo impugnaron, sosteniendo la competencia del primero de dichos Juzgados, el cual, en auto de 3 de Octubre, declaró no haber lugar á la inhibición requerida por el de Cádiz, fundándose para ello en que por la sentencia de este Tribunal de 7 de Marzo de 1884 se sanciona el lógico y natural principio de que el art. 62, en su núm. 1.°, de la ley de Enjuiciamiento civil debe entenderse en el sentido de que, tratándose de acciones personales, será Juez competente el del lugar donde deba cumplirse la obligación, y determinado ya en el Código civil y su art. 1500 y su segundo período que, de no pactarse cosa contraria, el pago debe hacerse en las compraventas en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida, no hay que recurrir al art. 1171 del referido Código, y es preciso convenir en que el comprador ó su representante legal, por virtud de lo dispuesto en el art. 142 y sus concordantes de dicho Código, debieron pagar las ropas compradas al recibirlas, y de no haberlo realizado, el vendedor D. Telesforo Hernández tuvo y tiene indiscutible derecho á que se compela á los deudores al pago del precio en esta capital, no en Cádiz, domicilio de aquéllos; y que por sentencia de 23 de Julio de 1884 corrigió el Tribunal Supremo, con las costas, no sólo al deudor,

sino al Juez, que infundada y temerariamente sostuvieron una competencia análoga á la presente:

Resultando que el Juez municipal de Cádiz insistió en su competencia, y como consecuencia de ello, remitieron ambos Juzgados sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes, y se sustanció la competencia con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que en el contrato de compra y venta está obligado el comprador, según lo dispuesto en el art. 1500 del Código civil, á pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato, y si no se hubiese fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa que haya sido objeto de dicho contrato:

Considerando que dirigida la demanda con el fin de obtener el precio de varias ropas y efectos que el hijo del demandado compró en el establecimiento mercantil que posee el demandante en Valladolid, corresponde conocer del juicio al Juez municipal de esta ciudad, porque en ella debió cumplirse la supuesta obligación, circunstancia que, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita, es la primera y principal que sienta fuero en los juicios en que se ejercitan acciones personales, conforme á lo prevenido en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez municipal del distrito de la Audiencia de Valladolid, á quien se remitan las actuaciones para que proceda con arreglo á derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez municipal del distrito de San Antonio de Cádiz.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 3 de Marzo de 1899.=Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 89.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Marzo, pub. el 25.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de escrituras.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Lorenza Fernández contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. José Salvador García.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que en casación son improcedentes los motivos del recurso en que se hace supuesto de la cuestión, contrariando las afirmaciones que la sentencia consigna en vista del resultado de las diversas pruebas suministradas, cuya apreciación no se impugna en la misma forma legal en que pudiera serlo:

Que según disponen los arts. 659 de la ley procesal y 1248 del Código civil, y confirma la jurisprudencia constante, corresponde al

Tribunal sentenciador apreciar libremente la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña Lorenza Fernández de Villavicencio, Marquesa viuda del Salar, propietaria y vecina de esta capital, contra D. José Salvador García de la Lama, propietario, y de la misma vecindad, sobre nulidad de una escritura de arrendamiento y otra de promesa de venta; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante, representada y defendida por el Procurador D. Mariano Vivar y el Licenciado D. Martín Rosales; estándolo el demandado por el Procurador D. José de Castro y Quesada y el Letrado D. José de Bergamín:

Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de Granada el 20 de Diciembre de 1885, ante el Notario D. Antonio Pavés y Solano, adquirió por compra ó pacto de retro D. Fermín Abella y Blave, Intendente de la Real Casa, de D. Fernando Pérez del Pulgar, Marqués del Salar, entre otras fincas, la denominada El Salar, habiéndose hecho constar en las operaciones de la testamentaría de D. Fermín Abella, y reconociéndose por sus herederos, que la citada finca correspondía á Su Majestad la Reina Regente, siendo excluída por este motivo del inventario de los bienes relictos al fallecimiento del mismo:

Resultando que D. Luis Moreno dirigió desde San Ildefonso, en 4 de Agosto de 1890, á la Marquesa del Salar una carta, en la que le manifestaba «que por grandes que fueran los deseos que á todos animaban de dar forma á la nueva concesión de Su Majestad en el asunto del Salar, ni él podía traspasar los límites de la nueva proposición condicional hecha al Sr. Conde de Torres Cabrera y repetida á la Marquesa del Salar, ni los Marqueses del Salar podían solicitar más de lo concedido, teniendo en cuenta que los sacrificios hechos por Su Majestad rayaban en lo inverosímil; que para otorgar la escritura en la forma que la Marquesa indicaba había dos grandes inconvenientes: el primero, que entre el otorgamiento de la escritura de venta y el pago del plazo convenido había de transcurrir un lapso de tiempo, siempre ocasionado á dificultades que debían evitarse; segundo, que el comprador necesitaba incoar un nuevo expediente en el Banco Hipotecario, de cuyos resultados nadie podía responder; que lo que él dijo el día que la visitó fué que para asegurar los intereses de la persona que anticipase el precio convenido podían otorgarse al mismo tiempo las dos escrituras de venta y de préstamo, pero haciendo caso omiso del Banco Hipotecario, del cual para nada habló ni pudo hablar, porque partía del supuesto de que su oferta no se aceptaba; que había que insistir en los términos de lo primeramente indicado, sin buscar nuevas combinaciones ni exigir más de lo que Su Magestad, dando una prueba de desprendimiento de lo que habría pocos ejemplos, se hallaba dispuesta á conceder, y la empresa no sería tan difícil cuando el Conde de Torres Cabrera á las pocas horas de insinuada contestó que ya tenía comprador; que como no habían de encontrar comprador entre sus muchas relaciones cuando éste, lejos de arriesgar su dinero, iba á encontrarle cómoda y segura inversión; y que perseverasen por este camino y no les ocurriese la idea de acudir nuevamente á Su Majestad sino para darla las gracias por el inmenso favor que les dispensaba»:

Resultando que en 23 de Enero de 1891 se otorgó en esta corte, ante

el Notario D. Virgilio Guillén, como sustituto de D. Teodolindo Soto, escritura de venta de la finca El Salar, por precio de 300.000 pesetas, por D. Luis Moreno y Gil de Borja, Intendente general interino de la Real Casa, en nombre de Su Majestad Doña María Cristina de Austria, á favor de D. Salvador García de la Lama, haciéndose constar por el Don Luis Moreno que la finca no tenía gravamen alguno, y que la Augusta vendedora no respondía de la evicción, y que si las fincas valían más de las 300.000 pesetas, hacía gracia y donación del exceso resultante, cuya escritura fué inscrita en el Registro de la propiedad de Loja con fecha 16 de Febrero de 1891:

Resultando que D. José Salvador García de la Lama y D. Fernando Pérez del Pulgar, Marqués del Salar, otorgaron en 7 de Marzo de 1891, ante el Notario de esta corte D. Teodolindo Soto, una escritura por la que el primero declaró que daba al segundo en arrendamiento la finca denominada El Salar, fijando, entre otras, las siguientes condiciones: que la duración del arriendo sería de cuatro años, á contar desde 1.º de Febrero del 91; que la renta sería de 30.000 pesetas, pagaderas en el primer año por semestres anticipados y despues por anualidades también anticipadas; que serían de cuenta del Marqués el pago de las contribuciones, el cultivo ó la renta convenida; que el arriendo fenecería por el transcurso de los cuatro años, ó si se causase el daño en las fincas ó si dejase de pagar alguna anualidad ó semestre, no satisficiese las contribuciones ó infringiese cualquiera de las cláusulas del contrato:

Resultando que en la misma fecha de 7 de Marzo de 1891, y por escritura ante el mismo Notario D. Teodolindo Soto, D. José Salvador García de la Lama otorgó á favor de los Marqueses del Salar, por personal consideración á éstos, á quienes había pertenecido en tiempo no remoto, promesa de venta de la finca El Salar, estipulándose, entre otras condiciones: que los Marqueses ó sus hijos no podían usar del derecho á comprar sino dentro de los cuatro años siguientes al 23 de Enero de 1891, y transcurrida esta fecha, García de la Lama quedaría libre de todo compromiso; que dicho derecho era personalísimo é inalienable, de manera que los Marqueses sólo podían transmitirlo á sus hijos, y no por otro título que el de herencia dentro del tiempo marcado; que el precio de la compraventa sería el de 425.000 pesetas si aquélla se otorgara antes del 23 de Enero de 1893; que si hubiese de hacerse después de esta fecha y antes del 23 de Enero de 1895, sería condición indispensable que los Marqueses avisasen á García de la Lama con seis meses de anticipación, satisfaciendo á éste en uno ú otro caso por vía de indemnización el interés de las 425.000 pesetas al 2 por 100 anual; que los Marqueses habían de haber satisfecho como arrendatarios á García de la Lama dos anualidades íntegras de la renta del arrendamiento si usaren de su derecho á comprar antes del 23 de Enero de 1893, y en el supuesto de que hicieran la compra antes de transcurrir los dos primeros años del arriendo, las anualidades, importantes cada una 30.000 pesetas, se considerarían vencidas y serían para el vendedor, además de las 425.000 pesetas del precio, como si el arriendo hubiera efectivamente durado aquél período; que los Marqueses del Salar por su parte agradecían y aceptaban el compromiso que por puros motivos de consideración y amistad contraía García de la Lama, renunciando la Marquesa por su parte á los derechos que las leyes pudieran concederla respecto del Salar en favor de aquel, y declararon que el compromiso de venta cesaría por cualquiera de las causas señaladas en la escritura de arrendamiento, de manera que cualquier motivo de desahucio ó lanzamiento sería suficiente para que esta escritura se tuviera como rescindida y sin valor alguno:

Resultando que en los autos seguidos por D. José Salvador García de la Lama contra el Marqués del Salar sobre desahucio de la posesión El Salar, el Juzgado de primera instancia de Loja dictó sentencia en 24 de Mayo de 1892, en la que declaró haber lugar al desahucio y condenó al Marqués del Salar á desalojar las posesiones indicadas y ponerlas á disposición de su dueño, bajo apercibimiento que de no hacerlo así sería lanzado á su costa, condenándole en las del juicio, por no haber satisfecho el plazo de 30.000 pesetas que según la escritura de arrendamiento debía pagar el 1.º de Febrero de 1892:

Resultando que con fecha 1.º de Octubre de 1892 dictó el Juzgado de primera instancia del distrito del Centro de esta corte, en autos ejecutivos seguidos por García de la Lama, auto despachando la ejecución contra los bienes y rentas del Marqués del Salar por la cantidad de 30.000 pesetas, importe de alquileres de la finca El Salar, intereses y costas; y seguido el juicio en rebeldía del demandado, se dictó sentencia, mandando seguir adelante la ejecución:

Resultando que la Marquesa del Salar, en carta dirigida á D. José García de la Lama y fechada en Madrid á 7 de Diciembre de 1893, decía: que le suplicaba esperase unos días para concluir de pagarle el arrendamiento de la finca El Salar; que no se había hecho ya el pago porque, si bien estaba completamente terminada la testamentaría de su cuñado, faltaba por terminar la hijuela; que antes de finalizar el año tendría el dinero en su poder para concluir de pagar, creyendo que accedería á su petición, y que había juzgado mejor entenderse directamente con él para pedirle este favor, que le agradecería muchísimo:

Resultando que en 22 de Octubre de 1894 dedujeron los Marqueses del Salar la demanda origen de estos autos, y alegaron: que dueños de la finca El Salar, pensaron enajenarla, y llegados sus propósitos á oídos de Su Majestad la Reina Regente, se prestó á adquirir la finca en la firme idea de volvérsela á vender pasadas que fuesen las circunstancias que motivasen su enajenación; que efectuada la venta, procuraron obtener capital para readquirir la finca y aliviar á Su Majestad de aquella carga, y no pudiendo conseguirlo, acudieron á D. José Salvador García de la Lama, quien se ofreció á facilitarles el dinero, con la condición de que no apareciese como préstamo; y que para obviar esta dificultad se convino en que éste apareciese como comprador directo de la finca, y después se la daría en arrendamiento á los demandantes por la cantidad estipulada como intereses del préstamo; otorgándose un contrato de promesa de venta por un plazo suficiente para que pudieran reintegrar á García de la Lama del capital desembolsado, lo que se llevó á la práctica por las descritas escrituras de 23 de Enero y 7 de Marzo de 1891, documentos todos simulados, cuyo valor y eficacia combatían, por lo que solicitaron se declarasen nulos y sin valor ni efecto los contratos de arrendamiento y promesa de venta llevados á efecto en escrituras de 7 de Marzo de 1891, por no ser tal la voluntad de los otorgantes, y en su lugar se reconociese la existencia de un contrato de préstamo, en virtud del cual D. José Salvador García de la Lama prestó á los actores 85.000 duros y ellos se obligaron á satisfacerle 30.000 pesetas anuales de intereses, y que se le impusiesen las costas á aquél:

Resultando que D. José Salvador García de la Lama contestó la demanda en 26 de Diciembre de 1894, y expuso en oposición á ella: que negaba que hubiese prestado á los demandantes con la condición de que no apareciese el préstamo, lo que ni siquiera era verosímil, siendo perfectamente lícito el contrato, y no mediando razón ni objeto alguno en semejante simulación ú ocultación; que queriendo emplear bien su di-

nero compró la finca y otorgó la promesa de venta accediendo al deseo natural de los demandantes, dada su afección por estar situada en su país y servirles su nombre de título, y ella les arrendó la finca, porque nadie podía tratarla mejor ni daba más por ella, y estos arrendamientos á los futuros compradores eran casi simple obligación aneja á la promesa de venta; que compró la finca á Su Majestad en 300.000 pesetas porque le pareció buena compra, otorgó promesa de venta en 425.000 pesetas porque le pareció buena venta, y la arrendó en 30.000 pesetas anuales durante el tiempo de la primera venta, porque ésta y el arrendamiento fueron pactados en relación y como consecuencia uno de la otra; que cada uno de estos contratos eran como se les nombraba, y no había motivo por parte de ninguno de los contratantes para simulación alguna, ni lo exigía la índole del negocio, perfectamente lícito, ni lo revelaban sus términos, perfectamente explícitos y propios de los contratos á que se referían, siendo los precios los estipulados, los tenidos por verdaderos y justos en cada caso, habiéndose consignado dichos contratos para que fuesen respetados y cumplidos en documentos solemnes por personas mayores de edad y en el libre uso de sus derechos civiles; que por la carta que le dirigió la Marquesa del Salar, y por las escrituras de 7 de Marzo del 91 reconocieron los actores la validez de la compraventa de 23 de Enero, y á él por dueño del Salar; que la escritura de arrendamiento ha tenido efecto y los demandantes han ejercido derechos y cumplido deberes conforme á ella, y que el sostener ahora que ésta y la de promesa de venta son simuladas y nulas iba contra sus propios actos:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica sostuvieron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; y recibido el pleito á prueba, se practicó de posiciones, documental, pericial y testifical, declarando el Conde de Benalúa que intervino en la contratación celebrada acerca de la finca El Salar entre el Intendente de Palacio, el Marqués del Salar y García de la Lama, siendo testigo de las estipulaciones convenidas; que el último le consultó si se encontraría suficientemente garantizado con la primer hipoteca de dicha finca para prestar al Marqués sobre ella 80 ú 85.000 duros, á lo que le contestó que estaba perfectamente garantizado, y preguntándole qué interés pensaba cobrar, contestó Lama que como sólo quería hacer un empleo de capital porque necesitaba colocar alguna cantidad, había pedido el 6 y medio ó 7 por 100, y que no tenía intención de fincar en Andalucía; que al día siguiente ó á los dos días fué llamado el declarante por el Intendente de Su Majestad para que asistiese como testigo al otorgamiento de una escritura que no era la anunciada de venta de Su Majestad al Marqués del Salar, sino otra de igual clase á favor de García de la Lama en la cantidad de 60.000 duros, diciéndole el Intendente que había un contrato privado entre el Marqués del Salar y García de la Lama que venía á reducir la operación á un préstamo de 80 ú 85.000 duros con garantía de la finca; D. Pablo Morales, que aun cuando no intervino directamente en la contratación, sabía por referencias de los litigantes que García de la Lama prestó á los Marqueses del Salar 80 ú 85.000 duros sobre la finca El Salar; que éstos le dijeron si les podría encontrar 80 ó 100.000 duros con un interés moderadc, por lo que con las notas que le dieron se dirigió al agente D. Manuel Ayustante, quien á su vez se dirigió á García de la Lama, que ofreció el dinero necesario, averiguando si las garantías eran verdad, conviniendo ambos con los Marqueses en que García de la Lama haría un préstamo de 85.000 duros con interés del 7 por 100, debiendo entregar 65.000 duros en Palacio para recuperar los Marqueses la finca y 25.000 á éstos, y á los pocos días supo que se había realizado

la operación; que había oído muchas veces á los citados Marqueses estar muy agradecidos á la benevolencia de Su Majestad, que les permitía recuperar por 65.000 duros una finca que valía seis veces más; que había oído decir á Lama que él no era hombre que hiciera usuras y que estaba dispuesto á devolver la finca siempre que se le entregaran el capital, los intereses y los gastos legítimos que justificara; el Marqués de Cavaselice, que estando de visita en casa de los Marqueses del Salar, se presentó García de la Lama, á quien dió á conocer la Marques, diciendo: este es Lama, que nos ha prestado el dinero que necesitábamos sobre El Salar; á lo que García de la Lama contestó que había tenido mucho gusto en hacerles aquel favor, porque no era prestamista ni pretendía fincar en Andalucía, y que admitiría la devolución del dinero cuando á los Marqueses les fuera posible; que recuerda que se trató de buscar la fórmula de sacar la finca de la Casa Real y garantir su posesión á los Marqueses del Salar; que en toda la negociación que se llevó á término no se trató más sino de que García de la Lama prestase 85.000 duros con interés del 7 por 100 anual; que éste entregó á la Intendencia de Palacio 60.000 duros y 19.000 á los Marqueses del Salar como resto del préstamo; D. Manuel Iturriaga, que García de la Lama le dijo al entregarle 15.000 pesetas por encargo de los Marqueses del Salar, en pago adelantado de débitos semestrales, en el despacho de su casa Hotel Villa Milagro, por el mes de Agosto ó Septiembre del año 1891, que no tenía tanto deseo por cobrar los intereses de la cantidad prestada como el capital, á pesar de las seguridades consignadas en la escritura; Don Ricardo Díaz del Pulgar y D. Francisco Uceda, que oyeron decir al García de la Lama en la casa palacio del Salar, visitando aquél en Mayo de 1891 dicha finca y sus campos, que sin parecerle mal la finca, quería ó prefería más bien realizar la cantidad prestada á los Marqueses del Salar, porque á más de tener fincas de sobra, aquella necesitaba mayores vigilancias y estaba muy distante de su habitual residencia; manifestando esto mismo D. Antonio Tejero Rojas, quien se lo oyó decir á García de la Lama también en el cortijo de Panes, y además que El Salar no era suyo, sino que tenía una hipoteca garantizando un préstamo:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, se practicó en la segunda prueba testifical, y declararon: D. José Lameyer, que en Enero de 1894 fué por encargo de los Marqueses del Salar á tratar de pagar á D. José García de la Lama los ochenta y tantos mil duros, importe de su crédito contra aquéllos, negándose Lama á percibir la suma prestada y réditos debidos, manifestando que no devolvía El Salar ínterin no le diesen 135.000 duros, sin aducir otra razón que la de ser ya dueño de la finca y no quererla enajenar por menos; no llevando el testigo en aquel acto los ochenta y tantos mil duros, aunque sí disponía de medios para satisfacerlos en un plazo corto; D. Teodolindo Soto, Notario, que sólo recordaba que redactó un proyecto de escritura, en el que aparecían como interesados Su Majestad la Reina Regente, D. José Salvador García de la Lama, y tal vez el Marqués del Salar, siendo objeto de tal proyecto la finca El Salar, el cual no aceptó Moreno, como apoderado de Su Majestad, por no hallarle en el fondo conforme con los propósitos de la Augusta Señora, y en su vista, el declarante formuló un nuevo proyecto de compraventa, que se elevó á escritura pública, asegurando que jamás redactó una venta á retro para los fines de un préstamo verdadero; y D. Luis Moreno y Gil de Borja, después de afirmar la certeza de la carta fecha 4 de Agosto, dirigida desde San Ildefonso á la Marquesa del Salar, dijo: que los Marqueses del Salar vendieron con pacto de retro á los Rodríguez Palacios de Granada El Salar, y próximo

á vencer el plazo del retro y estimando que dichas fincas excedían con mucho del precio de 800.000 pesetas en que Rodríguez Palacios las habían comprado, acudieron al Rey Don Alfonso XII para que les salvara de la ruina y entregara dicha suma, á lo cual accedió, otorgándose un contrato privado, por el que los Marqueses se obligaron á otorgar la escritura de venta tan pronto como rescataran las fincas de poder de Rodríguez Palacios, lo que efectuaron á favor de D. Fermín Abella, Intendente á la sazón de la Real Casa, adicionando á las 800.000 pesetas el resto, hasta completar pesetas 1.375.000 en que estimaron los bienes adquiridos; que al fallecimiento del Rey Don Alfonso, les entregó hasta completar el millón y medio de pesetas Su Majestad la Reina Regente, porque se la hizo entender que el compromiso contraído por su Agusto esposo fué el de satisfacer dicha suma; y como los Marqueses ocuparan las fincas y percibieran sus rentas sin devolver capital é intereses, se les entregaron 100.000 pesetas más para que pudieran trasladarse al extranjero, viniendo de concesión en concesión á reducir el capital á pesetas 300.000 y á la renuncia de intereses; que el Intendente no estimó conveniente tomar del Banco Hipotecario las 300.000 pesetas, porque hubiera podido suceder que al venderse las fincas no se cubriera dicha suma y resultara una responsabilidad personal contra la Augusta Señora; que no podía otorgarse una escritura de compraventa á favor de los Marqueses, porque éstos carecían de fondos para hacer el pago, y porque próximos á un concurso ó ya dentro de él, era peligroso el otorgamiento de la escritura, no pudiendo donárseles la finca tampoco, puesto que en la escritura había de consignarse que era donación y no venta, porque ni los Marqueses podían satisfacer el impuesto de derechos reales, ni aun satisfechos la finca hubiera pasado á sus numerosos acreedores, siendo estas las razones por las que se le dijo al Marqués que la única forma posible de realizar el contrato era la de presentar un comprador, sin que en el contrato de compraventa se hablase de nada que á ella fuese extraño, presentándose Lama acompañado del Marqués del Salar, otorgándose lisa y llanamente la escritura de compraventa á favor de aquél:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 1.º de Junio de 1898, confirmatoria, con las costas de la segunda instancia, de la del inferior, por la que se declaró no haber lugar á la nulidad pretendida por los Marqueses del Salar, y hoy en parte su causahabiente, de los contratos de arrendamiento y promesa de venta llevados á efecto entre aquéllos y D. Salvador García de la Lama en las escrituras de 7 de Marzo de 1891, y absolvió de la demanda á éste, sin expresa condena de costas:

Resultando que Doña Lorenza Fernández Villavicencio, Marquesa viuda del Salar, ha interpuesto recurso de casación, fundado en el artículo 1689, en su núm. 1.º, y en el 1692, núm. 1.º también, de la ley de Enjuiciamiento civil, por haberse infringido á su juicio:

Primero. El art. 1258 del Código civil, en relación con el 1254, según el primero de los cuales, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente convenido, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley; y por el segundo se le da existencia al contrato desde que una ó varias personas consienten en obligarse respecto de otra ú otras á dar alguna cosa ó prestar algún servicio; porque en la sentencia se hace caso omiso del contrato en sí, considerando como tal contrato únicamente á las escrituras, que son la forma en que se hacen constar los contratos, sin atender

para nada á lo expresamente pactado, que es la esencia del contrato, según tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias de 13 de Noviembre de 1863, 21 y 24 de Marzo de 1865, 7 de Mayo de 1867, 29 de Octubre de 1872, 23 de Diciembre de 1874, 7 y 29 de Julio de 1879, 10 de Julio y 6 de Diciembre de 1882, 20 de Junio y 3 de Octubre de 1885, 19 de Septiembre de 1887, 11 de Octubre, 27 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1888, 12 de Febrero y 11 de Mayo de 1889 y 6 de Abril de 1888, que confirman el principio jurídico de que las estipulaciones consignadas en escritura pública no son obstáculo para que los interesados puedan pactar en otra forma lo que tengan por conveniente:

Segundo. El art. 1261, que preceptúa que no habrá contrato cuando no concurran los requisitos esenciales para su validez, en relación con el 1262, 1274 y 1275, cuyos artículos se hallan confirmados por sentencias de 31 de Octubre de 1865, 26 de Mayo de 1866, 23 de Febrero de 1883 y 21 de Mayo de 1885, puesto que no ha habido consentimiento al hacerse constar en las escrituras de promesas de venta y arrendamiento una causa falsa, como es el de disfrute de la finca, cuando la verdadera era el pago de intereses y asegurar á los Marqueses la propiedad de la finca:

Tercero. El art. 1215 del Código civil, que enumera entre los medios de prueba la testifical en relación con el 1248, que concede fuerza probatoria á la testifical, aun en contra de las escrituras públicas; y la sentencia recurrida, interpretando erróneamente el art. 1218 del Código civil, concede fuerza de prueba plena á la escritura, no ya apreciando de mayor á menor valor la declaración de los testigos, sino desconociendo en absoluto toda la fuerza probatoria para la prueba de las obligaciones:

Cuarto. El art. 1281 del Código civil, que dispone que en todo contrato prevalecerá la intención de las partes contratantes sobre las palabras, en relación con el 1285, en virtud del que las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras; las sentencias de este Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1866, 26 de Abril de 1871, 21 de Noviembre de 1885, 29 de Febrero de 1893 y 6 de Febrero de 1883, según las cuales, cuando existen dos contratos inseparables deben interpretarse conjuntamente; y la de 27 de Noviembre de 1887, que establece terminantemente que cuando se pretenda desconocer el alcance de un contrato, habrá que atender á los hechos anteriores, al conjunto de circunstancias que los han acompañado y á la intención y propósito de los otorgantes; y en la sentencia recurrida sólo se atiende al valor de las palabras, se prescinde de la intención bien manifiesta de las partes, no se relacionan unas causas con otras, ni los contratos entre sí y se consideran como dos contratos cuando no hay más que uno solo; y

Quinto. El art. 1884 del Código civil, por el cual el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago dentro del plazo convenido, aunque se haya hecho pacto en contrario; y como de la interpretación del contrato resulta un préstamo simulándolo con las tres escrituras, será nulo el tal pacto, y por lo tanto obligado á seguir el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil para el cobro de la deuda.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que para alegar como infringidos los preceptos legales y doctrina á que se refieren los motivos primero, segundo y cuarto, se hace de la cuestión supuesto, dando por sentado que se celebró un contrato distinto de los que real y solemnemente se otorgaron, y que éstos carecen de los requisitos esenciales para su validez; lo cual es entera-

mente contrario á las afirmaciones terminantes de que no se ha demostrado en manera alguna la existencia de semejante contrato y de que los de arrendamiento de promesa de venta, objeto de la nulidad pretendida en la demanda, no adolecen de ningún vicio, han producido todos sus efectos y se reconocieron como eficaces por la recurrente, que no puede hoy combatirlos sin contradecir sus propios actos; afirmaciones que la sentencia consigna en vista del resultado de las diversas pruebas suministradas, cuya apreciación no se impugna en la única forma legal en que pudiera serlo:

Considerando que no es de estimar el motivo tercero, porque según disponen los artículos 659 de la ley procesal y 1248 del Código civil y confirma la jurisprudencia constante, corresponde al Tribunal sentenciador apreciar libremente la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; y

Considerando que es improcedente también el motivo quinto, puesto que García de la Lama posee la finca con plenitud de dominio por la compra que hizo y se consumó en 23 de Enero de 1891, no habiéndola adquirido después los Marqueses del Salar, ni teniendo derecho alguno á ella, por no haber cumplido ninguna de las condiciones estipuladas en la escritura de promesa de venta de 7 de Marzo del mismo año;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto Doña Lorenza Fernández de Villavicencio, Marquesa viuda del Salar, á quien condenamos al pago de las costas; y si se le hubiere negado ó negare en el incidente de su razón la defensa en concepto de pobre, ó si habiéndosele otorgado tal beneficio viniese á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente, que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 3 de Marzo de 1899.=Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 90.—TRIBUNAL SUPREMO.—3 de Marzo pub. el 25.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Nulidad de escrituras.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José María López contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en pleito con D. Nicolás López.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que carece de fundamento el recurso en que se hace supuesto de la cuestión.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera

instancia de Arzúa y la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. José María López Rodríguez contra D. Nicolás López Rodríguez, labrador el primero y propietario el segundo, vecinos de San Pelayo de Niño de Aguía, sobre nulidad de escrituras é inscripciones en el Registro de la propiedad; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el demandante, representado por el Procurador D. Francisco Morales y defendido por los Licenciados D. Francisco Aparicio y Sureda y D. José María Ortiz, éste en el acto de la vista; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida:

Resultando que D. Pedro Sampayo, en testamento de fecha 20 de Octubre de 1590, mejoró en el tercio y quinto de sus bienes, con carácter vincular, á su hijo mayor D. Juan y á sus descendientes varones legítimos; mejorando también D. Juan en disposición testamentaria de 1650 á su nieto Andrés Sampayo en el tercio y quinto de sus bienes con el mismo carácter de vincular; é igualmente el prenombrado D. Andrés, en 30 de Mayo de 1689, mejoró á su hijo D. Antonio López Varela en el tercio y quinto de sus bienes, señalando los que constituían las casas de Sampayo de Brau con idéntico carácter de vinculados; y por último, el D. Antonio López y su mujer mejoraron en 26 de Agosto de 1727 á su hijo D. Andrés López asimismo en el tercio y quinto de sus bienes, con carácter vincular, consignándose en el mismo instrumento que un tío y un hermano del D. Andrés cedían á éste las legítimas que les correspondían por sus ascendientes, bajo la condición precisa de que se habían de agregar al vínculo fundado por D. Pedro Sampayo en el enunciado testamento de 20 de Octubre de 1590:

Resultando que en pleito instado por D. Andrés López de Brau y otros contra D. Juan López Varela, sobre partición de bienes, que pendió ante la Real Audiencia de Galicia, el 4 de Septiembre de 1789 recayó sentencia, dictada por Jueces árbitros á quienes las partes se sujetaron, mandando se hiciera la división de los bienes procedentes de sus ascendientes desde el primer fundador del vínculo, D. Pedro Sampayo, y se adjudicaran al D. Juan López Varela, en representación de su padre Don Andrés, como vinculares, los que fueron objeto de las mencionadas mejoras; y librada en 9 de Abril de 1791 Real provisión para la ejecución de dicha sentencia, se procedió á nombramiento de peritos, que en 30 de Enero de 1794 finalizaron las operaciones de partición, adjudicando al prenombrado D. Juan López Varela, en concepto de vinculares, por la cantidad de 122.938 reales 4 maravedís, la casa del lugar de Sampayo y 47 partidas de bienes raíces y derechos reales:

Resultando que en 29 de Octubre de 1867, D. Antonio López Varela y su hijo D. Nicolás López Rodríguez autorizaron escritura de transacción, expresando: que el D. Antonio se hallaba desde antes de 1836 en posesión de los bienes vinculares de las casas de Sampayo, Brau, Barazón y Villaboa, de los cuales correspondía la mitad, en concepto de sucesor inmediato, al D. Nicolás; y á fin de evitar un litigio, habiendo averiguado mediante el perito D. Angel Carlos Vidal que por dicha mitad reservable le correspondían al D. Nicolás 61.469 reales y medio en las casas de Sampayo de Brau y 2.333 y medio en las de Barazón y Villaboa, para satisfacer las expresadas sumas y 2.000 reales que el D. Antonio debía á Doña María Josefa Prado, esposa del D. Nicolás, le adjudicaba á éste en San Pelayo de Niño de Aguía, para siempre, 25 fincas rústicas y un derecho real que se describían, reservándose el usufructo vitalicio de 10 heredades; cuya adjudicación aceptó el D. Nicolás, dándose por satisfecho de la mitad que le pertenecía en los bienes vinculados, com-

prometiéndose á inscribirlos en el Registro de la propiedad mediante información posesoria á nombre de su padre, para hacerlo después á su favor:

Resultando que en otra escritura de 16 de Marzo de 1883, D. Antonio López Varela reconoció que, con motivo del matrimonio de su hija Doña Manuela López Rodríguez con D. Manuel Castrelo Peña, le había ofrecido en dote á cuenta de su legítima 1.000 pesetas, que su hijo D. José María satisfizo de su peculio particular el día de su vencimiento á la madre del D. Manuel Castrelo, Doña María Peña Castro; autorizando el D. Antonio López Varela, en 31 de Mayo de 1886, otra escritura, por la que vendió á su hijo D. Nicolás y á la esposa de éste 11 fincas en la parroquia de Niño de Aguía por 1.487 pesetas, que confesó tener recibidas; y habiendo fallecido el D. Antonio el 23 de Noviembre de 1894, el D. Nicolás López inscribió en el Registro el 20 de Mayo del 95 22 fincas de las relacionadas en la escritura de transacción de 29 de Octubre del 67:

Resultando que D. José María López Rodríguez formuló ante el Juzgado de primera instancia de Arzúa demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Nicolás López Rodríguez, con la pretensión de que se declarasen nulas la escritura de transacción de 29 de Octubre de 1867, la inscripción que se practicó en el Registro de la propiedad en 20 de Mayo de 1895 de la mayor parte de las fincas á que se refiere dicho documento, la escritura de compraventa de 31 de Mayo de 1886, y, por último, la posesión que se dió á D. Nicolás López el 15 de Julio de 1895 de 10 fincas de las 22 inscritas, y por tanto, que los bienes que comprendían dichas escrituras se incluyeran como capital del D. Antonio López Varela en el inventario de la testamentaría del mismo y de su esposa Doña Manuela Rodríguez Sánchez:

Resultando que para apoyar la enunciada solicitud expuso D. José María López algunos de los hechos anteriormente relacionados, y añadió: que su padre no trató de abonarle las 1.000 pesetas que el demandante entregó con motivo del matrimonio de su hermana, según aparecía en la escritura de 16 de Marzo de 1883, por lo que le demandó para que se las entregara, siendo esta la causa de que el D. Antonio, sin duda con objeto de quedar insolvente, otorgara la escritura de venta de 31 de Mayo del 86 á favor de D. Nicolás, quien con poder de su padre se presentó al acto de conciliación celebrado en Junio del 86, negando los hechos en que se fundaba la demanda; haber otorgado D. Antonio López Varela y su mujer Doña Manuela Rodríguez Arias, en 26 de Agosto del 69 y 4 de Mayo del 82 respectivamente, testamento y escritura de mejora, de cuyos documentos se desprendía claramente ser el demandante hijo legítimo de ellos y mejorado en el tercio y quinto de todos sus bienes; haber solicitado y obtenido en 15 de Julio de 1895 D. Nicolás López la posesión de 10 fincas, de que se reservó el usufructo su padre, D. Antonio López, en la escritura de transacción; y no haber tenido nunca los bienes de la casa de Sampayo, Brau, Barazón y Villaboa la cualidad de vinculares; alegó varios fundamentos de derecho, y presentó con la demanda algunos documentos:

Resultando que D. Nicolás López Rodríguez se opuso á las pretensiones de la parte actora, pidiendo se declarase no haber lugar á ellas, y firmes y eficaces los contratos á que se referían, alegando al efecto, además de hacer mérito de los hechos consignados en los antecedentes: formar parte los bienes que su padre D. Antonio le entregó por virtud de la escritura de transacción de 29 de Octubre de 1867 del vínculo que heredó, como derivado de su bisabuelo D. Juan López Varela, á quien fué adjudicado en la partición de 30 de Enero de 1794, excepto las fin-

cas denominadas Tarreos da Pereisiña y da Burata, que pertenecían á los bienes libres, y le adjudicó en pago de otros vinculares que no le entregó; no exceder el importe de lo que el demandado tenía recibido del valor de la mitad de los bienes que D. Antonio López poseía como vinculares de la casa Sampayo y otras; y no ser cierto que se realizara entre padre é hijo la venta de 31 de Mayo del 86 con objeto de burlar un crédito del demandante, pues en dicha fecha le quedaban diversos bienes; invocó fundamentos legales y produjo varios documentos:

Resultando que evacuados por las partes, sin adición sustancial á cuanto tenían expuesto, los traslados de réplica y dúplica, se recibió el pleito á prueba, practicándose la de confesión en juicio, compulsa de documentos, de testigos y reconocimiento caligráfico que propusieron; informando, á instancia del demandado, un Perito agrimensor que las fincas y derecho real comprendidos en la escritura de 29 de Octubre de 1867 formaban parte de los adjudicados como vinculares á D. Juan López Varela en la ejecución de la Real provisión de 9 de Abril de 1791, á excepción de las suertes nombradas da Pereisiña, da Burata y el derecho real de un ferrado de centeno que, al parecer como de condición libre, fueron adjudicados por D. Antonio López á su nuera Doña María Josefa Prado en pago de parte de la deuda que con la misma había contraído, y que el valor de los expresados bienes no excedía de la mitad del de los adjudicados á D. Juan López Varela:

Resultando que después de los trámites de dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, en 14 de Octubre de 1898, dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, por la que se declara no haber lugar á la nulidad de la escritura de 29 de Octubre de 1867 de la inscripción verificada en el Registro de la propiedad en 20 de Mayo de 1886 y de la posesión que se dió á D. Nicolás López Rodríguez el 15 de Julio de 1895, y no haber lugar á incluir los bienes á que dichos actos y contratos se refieren, como capital de D. Antonio López Varela en el inventario que haya de formarse en la testamentaría del mismo y su esposa Doña Manuela Rodríguez Arias, y en su consecuencia, se declaran firmes y eficaces los contratos objeto de las mencionadas escrituras, sin hacer expresa condena de costas de primera instancia, é imponiendo las de la alzada al apelante D. José María López:

Resultando que D. José María López Rodríguez ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. La ley 36, tít. 34, Partida 7.ª, regla 18.ª, según la que, «las leyes dictadas en favor de cierta clase de personas no deben entenderse en caso alguno en un sentido que pueda perjudicarlas»; regla de interpretación para la aplicación de las leyes, que, tomada de la 13, tít. 1.º, Partida 5.ª, inspiró la sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1867; por cuanto toda la materia objeto de discusión en el pleito se funda en el hecho primitivo de que cuantos bienes relacionan las escrituras, anotaciones de inscripciones en el Registro, actos posesorios y demás funciones de dominio ejecutadas por D. Nicolás López Rodríguez y su padre D. Antonio López Varela, tienen el carácter de vinculares, y como reservables por tal naturaleza, no pueden venir á considerarse capital repartible al fallecimiento del último de los usufructuarios del vínculo:

Segundo. La ley de 11 de Octubre de 1820, arts. 1.º y 2.º, restablecida en 30 de Agosto de 1836, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1860 y 21 de Octubre de 1862; puesto que la fuerza de la razón con que socilita D. José María López Rodríguez que cuan-

los bienes constituían el vínculo que heredó su padre D. Antonio López Varela y cuantos poseyera su madre Doña Manuela Rodríguez Arias, vengan á formar el *as* hereditario, ó sea el capital que ha de integrar la testamentaría de ambos para la división, supera á toda otra razón que se funde ó base en contratos ó actos posteriores á los expresamente señalados por las leyes desvinculadoras como supletorias y ajustadas al derecho común; y

Tercero. El art. 3.º de la citada ley de 11 de Octubre, que viene á ser el 4.º del Código civil; puesto que si aquélla declara nulo el contrato de enajenación de la mitad de bienes vinculados, admitiendo la hipótesis de que prevalezca tal calificación dada en la sentencia recurrida, no obstante faltar los requisitos necesarios, el Código civil declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ordene su validez, y por lo tanto, no tratándose en el caso de autos de bienes vinculares, por más que erróneamente lo aprecia así la Sala sentenciadora, es nulo todo cuanto desde 1836 se ha hecho con dichos bienes, y debe declararse la nulidad de cuantos instrumentos públicos se pretende convalide aquellos actos, realizados fuera de los preceptos de las leyes que los informan, bajo la creencia errónea de que tales bienes eran procedentes de la vinculación que dejó de existir en 1836; aparte de que, fundándose en el art. 1252 del Código civil se podría negar la autoridad de cosa juzgada que el fallo recurrido pretende escudar en la sentencia arbitral, dictamen de peritos y adjudicación de los bienes vinculares, y de que D. Nicolás López no ha presentado la Real licencia necesaria para la creación de vínculos, según la Real cédula de 14 de Mayo de 1789; no siendo obstáculo para el recurso que las defensas de D. José María López hayan ejercitado la acción de nulidad en vez de la reivindicatoria para la reclamación de los bienes que se dicen vinculados y no lo son.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que reconocido por la Sala sentenciadora, como lo había sido ya por la sentencia arbitral de 4 de Septiembre de 1789, el carácter vincular de los bienes que constituían la fundación hecha por D. Pedro Sampayo en su testamento de 20 de Octubre de 1590 y las agregaciones posteriores de su hijo y nietos en sus respectivas disposiciones testamentarias, otorgadas en los años de 1650, 1689 y 1727, cuyos bienes, en su mitad reservable al inmediato sucesor, fueron objeto de la escritura de transacción de 29 de Octubre de 1867, cuya nulidad se pretende, carece de fundamento el recurso que hace supuesto de la cuestión, atribuyendo el carácter de libres á bienes que, según la sentencia recurrida, aparecían vinculados, sin que se alegue respecto á ella error de hecho ó de derecho en la apreciación de aquellos documentos públicos, ni se cite ley ó doctrina legal que apoye la nulidad solicitada, ni haya podido ser infringida la ley desamortizadora de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, que no tiene aplicación alguna á la cuestión debatida en el pleito sobre el carácter vincular de los bienes de que se trata, ni, por último, quepa dar, según su propio texto, efecto alguno retroactivo á la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, citada incidentalmente y por vía de razonamiento en el motivo tercero del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José María López Rodríguez, á quien condenamos al pago, si viniere á mejor fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; no hacemos imposición de costas, mediante no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese la

correspondiente certificación á la Audiencia de la Coruña, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 3 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 91.—TRIBUNAL SUPREMO.—4 de Marzo, pub. el 5 de Mayo.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Desahucio*.—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Don Jaime Esteve contra la dictada por el Juez de primera instancia de Villafranca del Panadés, en juicio con Doña Antonia Rafols y otro.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que fundada la demanda de desahucio en haber espirado el plazo del aviso para la terminación del contrato de arriendo de una finca cuya merced no excede de 1.500 pesetas anuales, ni constituye un establecimiento mercantil ó fabril, tiene competencia para conocer de aquélla, según el art. 1562 de la ley procesal, el Juez municipal del lugar en que está sita la finca arrendada, y esto supuesto, el mayor ó menor acierto con que en la sentencia recurrida se aprecie el concepto jurídico del contrato celebrado, no puede servir de fundamento para el recurso de casación en la forma, por no estar comprendido en ninguno de los casos que autoriza el art. 1693.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Marzo de 1899, en el juicio de desahucio seguido en el Juzgado municipal de San Cugat y en el de primera instancia de Villafranca del Panadés por Doña Antonia Rafols y D. José Peret y Rafols, propietarios y vecinos de Barcelona, con D. Jaime Esteve y Jaca, labrador y vecino de San Cugat Sasgarrigas; pendiente ante Nos, en virtad de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la parte demandada, sostenido en su defensa y representación por el Licenciado D. Angel de la Guardia y el Procurador D. Federico Jiménez; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que Doña Antonia Rafols y su hijo D. José Peret y Rafols dedujeron en 23 de Octubre de 1897 la demanda de desahucio origen de estos autos contra D. Jaime Esteve para que fuese desahuciado y lanzado de una porción aproximadamente de dos jornales y medio de tierra viña campa, sita en término de San Cugat Sasgarrigas, partido de San Marsal; cuyo trozo de tierra formaba parte de otra finca de mayor extensión, propiedad de los actores, diciendo que dicha porción de tierra venía siendo cultivada en aparcería ó arrendamiento á parte de frutos y sin tiempo determinado por el demandado, quien por acto conciliatorio celebrado en 20 de Octubre de 1896 fué requerido y avisado para que dentro

del término de un año desalojara el indicado trozo de tierra; y que la renta de la finca no llegaba á 1.500 pesetas:

Resultando que convocadas las partes á juicio verbal, reprodujo el actor su demanda, y la impugnó el demandado, diciendo que no tenía la pieza de tierra objeto del desahucio á título de aparcería ni de arrendamiento, sino al de *rabassa morta*, cuyo contrato existía en toda su integridad, atribuyéndole todos los derechos de dominio útil, entre ellos el de disfrutar las tierras mientras las cepas vivieran, con arreglo al tít. 30, libro 4.°, volumen 1.° de las Constituciones de Cataluña, siendo por tal motivo dueño del dominio útil de dicha pieza de tierra, que le fué concedida treinta ó treinta y dos años atrás, convirtiéndola de un yermo que era en lucrativa viña; y viviendo las cepas, no cabía dar lugar al desahucio, en el supuesto de que cupiese en los contratos enfitéuticos; en virtud de lo cual invocó la excepción de incompetencia, y como subsidiaria, la de nulidad del juicio, con arreglo al art. 4.° del Código civil:

Resultando que practicada prueba, el Juez municipal de San Cugat de Sasgarrigas dictó sentencia en 9 de Julio de 1898, declarando no haber lugar al desahucio solicitado por los demandantes, á quienes condenó al pago de las costas; y apelada esta sentencia y admitida la apelación, se sustanció con arreglo á derecho, y el Juez de primera instancia de Villafranca del Panadés revocó aquélla en 5 de Agosto de 1898, declarando que siendo el contrato de aparcería y habiendo finido el término del arriendo, había lugar al desahucio solicitado, ordenando al demandado que en el acto desalojara la finca objeto del litigio; apercibiéndole que de no verificarlo se procedería á su lanzamiento, y condenándole al pago de todas las costas causadas en la primera instancia:

Resultando que D. Jaime Esteve y Jaca interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el núm. 6.° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea en la incompetencia de jurisdicción.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que fundada la demanda de desahucio origen del presente recurso en haber espirado el plazo del aviso para la terminación del contrato de arriendo de una finca, cuya merced no excede de 1.500 pesetas anuales, ni constituye un establecimiento mercantil ó fabril, ha tenido competencia para conocer de ella, según el art. 1562 de la ley de Enjuiciamiento civil, el Juez municipal de San Cugat de Sasgarrigas, por serlo del punto en que está sita la finca arrendada; y esto supuesto, el mayor ó menor acierto con que en la sentencia recurrida se aprecie el concepto jurídico del contrato celebrado, no puede servir de fundamento para el recurso de casación en la forma, por no estar comprendido en ninguno de los casos que lo autoriza el art. 1693;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Jaime Esteve y Jaca, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese al Juzgado de primera instancia de Villafranca del Panadés la certificación correspondiente, con devolución de los autos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.= Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Su-

premo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 4 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 92.—TRIBUNAL SUPREMO.—8 de Marzo, pub. el 12 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Presunción de muerte.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Juan Manuel de Ugarte contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, en pleito con D. José Ramón de Aqueche y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que los arts. 657 y 661 del Código civil establecen con generalidad absoluta que los derechos á la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte, y que por el solo hecho de ésta, suceden al difunto sus herederos:

Que la declaración de presunción de muerte de una persona desde fecha determinada contiene, jurídica y lógicamente, la afirmación de que desde tal fecha debe tenerse por muerto á aquel á quien se refiere, y nacer, al tenor de los dos artículos antes citados, los derechos y obligaciones correspondientes á su sucesión:

Que lo expresado en el art. 193 del Código acerca de la apertura de la sucesión, hace sólo referencia al procedimiento que se ha de seguir en el caso especial de que se ocupa, y no significa otra cosa sino que en la declaración de los derechos deben intervenir como autoridad pública los Tribunales para su efectividad, como acontece en el caso del art. 2017 de la ley de Enjuiciamiento civil ó del 989 del Código, donde se expresó que la aceptación de herencia surte sus efectos, no desde que se hace, sino desde el momento de la muerte de aquel á quien se hereda:

Que la frase «no se ejecutará» del art. 192 del Código civil, no tiene igual sentido que la de «no surtirá efecto» que á propósito de la ausencia contiene el art. 186, si no es una medida precautoria adoptada por el legislador, atendiendo á la posibilidad de que, mediante la publicación de la sentencia, reaparezca el reputado por muerto.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por D. José Ramón de Aqueche y Onaindi, propietario; D. Ildefonso de Arrola y Bilbao, comerciante, y D. Sabino de Laca y Orbeta, cuya profesión no consta, como maridos estos dos respectivamente de Doña Sinforosa y Doña Matilde de Aqueche y Onaindi, y luego por esta última, por sí y como madre de las menores Doña María del Carmen, Doña María de los Angeles, Doña Sabina, Doña Matilde y D. Adolfo Laca y Aqueche, todos vecinos de la anteiglesia de Guecho, con D. Juan Manuel de Ugarte y Zuazo, marino, de igual vecindad; con el Ministerio fiscal, y con los estrados correspondientes por la rebeldía de los parientes de D. José Benito de Ugarte y Zuazo, sobre presunción de muerte de éste; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado Ugarte, dirigido por el Letrado D. Luis Díaz Cobeña y representado por el Procurador Don José María Aguirre; habiéndolo estado los recurridos por el Licenciado

D. Antonio Maura y el Procurador D. Fidel Serrano, y habiéndose personado también en este Tribunal Supremo el Ministerio fiscal:

Resultando que D. José Benito de Ugarte y Zuazo, nacido en Guecho el día 11 de Abril de 1814, contrajo matrimonio en 20 de Febrero de 1841 con Doña María del Carmen Aqueche y Aguirre-Mota, en la que en 11 de Marzo de 1842 tuvo un hijo nombrado José Ramón, que falleció en 11 de Febrero de 1877:

Resultando que D. José Benito de Ugarte se marchó de Lejona para América en 1842, teniéndose de él las últimas noticias en 1845; y por auto de 12 de Mayo de 1853 se concedió á la mujer del D. José Benito, Doña María del Carmen Aqueche, habilitación judicial para administrar los bienes del matrimonio, en ejercicio de la cual falleció en 25 de Noviembre de 1894, habiendo dirigido al Ayuntamiento de Guecho una solicitnd pidiendo exención del pago de contribución por hacer veintiocho años que se había ausentado su marido:

Resultando que á D. Juan Manuel de Ugarte, hermano del D. José Benito, le fué conferida judicialmente la administración de los bienes de dicho ausente, desestimándose por sentencia de 19 de Enero de 1895 la oposición que á ello hicieron D. José Ramón, Doña Sinforosa y Doña Matilde Aqueche, sobrinos carnales de la Doña María del Carmen Aqueche, á petición de los cuales en 10 del mismo mes de Enero se acordó la prevención del abintestato de la misma, de la que en 4 de Febrero siguiente solicitaron ser declarados herederos en tal concepto, obteniéndolo por auto de 11 de Mayo:

Resultando que los mencionados sobrinos de Doña María del Carmen Aqueche, D. José Ramón, Doña Sinforosa y Doña Matilde Aqueche, éstas representadas por sus respectivos maridos D. Ildefonso de Arrola y D. Sabino Laca, por ser necesaria para proseguir el abintestato de aquélla, como declaración que afectaba á la división del caudal dejado por la misma, dedujeron en dichos autos de abintestato en 28 de Octubre del citado año 1895 demanda, solicitando que, con suspensión de los mismos, se declarara: primero, la presunción de muerte de D. José Benito de Ugarte; y segundo, que los efectos de esta presunción debían retrotraerse á la época de las últimas noticias del ausente, ó fuese al año 1845, condenando en costas á los que hiciesen una oposición temeraria, para lo que expusieron varios de los hechos antes referidos, y citaron como fundamentos de derecho, entre otros, la 1.ª de las disposiciones transitorias del Código civil; la ley 14, libro 14, Partida 3.ª, y el art. 191 del expresado Código:

Resultando que declarados en rebeldía los parientes del D. José Benito Ugarte, á excepción de su hermano D. Juan Manuel, contestó éste á la demanda, pidiendo se desestimara por falta de acción, ó negando la retroacción de la presunción de muerte, cuyos efectos no comenzarán en ningún caso hasta los seis meses después de publicada la sentencia firme en los periódicos oficiales; alegando varios de los hechos relacionados en los antecedentes, y como fundamentos de derecho, entre otros, la 4.ª de las disposiciones transitorias del Código civil, y la inaplicación de la primera, por no tratarse de derechos nacidos bajo el régimen de la legislación anterior; los arts. 185 á 187, 191, 192 y 220 del expresado Código; el art. 90 de la ley del Matrimonio civil, y el principio de derecho de que la presunción de muerte comienza cuando acaba la presunción de vida, por lo que existiendo ésta en 25 de Noviembre de 1894, en que falleció Doña María del Carmen ostentando el concepto de administradora de los bienes de la sociedad conyugal, no podía destruirse esa presunción y retrotraer los efectos de la muerte presunta á época anterior

á la fecha en que la misma consorte solicitó la administración, ni á la de su fallecimiento, puesto que los derechos de los demandantes emanaban de los de Doña María del Carmen:

Resultando que el Ministerio fiscal evacuó también el traslado de contestación, manifestando conformidad, por de momento, con los hechos establecidos por las otras dos partes, y con los expresados fundamentos de derecho de la demanda, y el art. 191 del Código civil, invocado también por los demandantes:

Resultando que éstos, al replicar, adicionaron el hecho de ser fama pública en Guecho, pueblo natal de D. José Benito de Ugarte, que éste falleció en América, para donde se ausentó en 1842 ó 43, teniéndolo todos por muerto, como lo sabía su hermano D. Juan Manuel; rechazó la aplicación de los arts. 185 á 187 y 220 del Código civil; negó la existencia del pretendido principio de derecho citado por el D. Juan Manuel, pues la presunción de muerte se decretaba, cuando se solicitaba, una vez transcurrido el término señalado por la ley, y los efectos de la declaración se contaban desde la época en que se ausentó, ó de sus últimas noticias, ó en otro caso, desde que pasaron los años de la ley; é invocando el art. 548 de la de Enjuiciamiento civil, concluyó suplicando se resolviera como solicitó en la demanda; y caso de duda respecto al número 2.º de lo pedido en ella, se declarara que los efectos de la presunción de muerte debían retrotraerse al año 1853 ó 1855, teniendo por presunto muerto al D. José Benito desde que se cumplieron los diez años de su ausencia ó de sus últimas noticias; y en último caso, de no estimarse tampoco esa petición, declarar que sus efectos debían retrotraerse al año 1875, teniendo por presunto muerto á aquél desde que pasaron los treinta años de su ausencia ó de sus últimas noticias:

Resultando que los actores y el demandado Ugarte dieron prueba documental, y aquéllos, además, la de testigos; y continuada la sustanciación en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos dictó en 10 de Febrero del año próximo pasado sentencia, no conforme con la de primera instancia, declarando: primero, que los demandantes eran parte interesada para los efectos de promover este pleito sobre presunción de muerte; segundo, que era procedente hacer, como hacía, la declaración de presunción de muerte de D. José Benito de Ugarte, casado con Doña María del Carmen Aqueche; y tercero, que esta declaración debía retrotraerse, y surtir sus efectos legales, desde el día siguiente al en que transcurrieron los treinta años, contados desde que se recibieron en el año 1845 las últimas noticias del mencionado Ugarte, sin hacer especial condenación de costas de ninguna de ambas instancias:

Resultando que D. Juan Manuel de Ugarte ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos:

Primero. El art. 191 del Código civil vigente, por la errónea interpretación que hace la sentencia recurrida, cuando declara que la presunción de muerte del ausente D. José Benito de Ugarte debe retrotraerse y surtir sus efectos legales desde el día siguiente al en que transcurrieron los treinta años, contados desde que se recibieron en el año 1845 las últimas noticias; puesto que interpretado rectamente dicho artículo, la declaración no puede surtir efectos hasta que sea firme la sentencia en que se hace, conforme resolvió la misma Audiencia de Burgos en otro caso análogo:

Segundo. Y el art. 192 del citado Código, también por errónea interpretación y por violación; porque dispone que la sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente no se ejecutará hasta des-

pués de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales; terminante precepto, contra el cual va el fallo de la Audiencia de Burgos, al disponer que los efectos de la sentencia se retrotraigan á otra fecha distinta; pues, aparte de otras razones, resulta ese plazo de seis meses completamente inútil é ilusorio, si se admite que la sentencia ha de surtir efectos con anterioridad á su fecha.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que la cuestión del presente recurso queda reducida á determinar si la declaración de presunción de muerte surte efectos para la sucesión desde los seis meses subsiguientes á su publicación, ó desde que transcurren los treinta años marcados en el art. 191 del Código civil:

Considerando que los artículos 657 y 661 de dicho Código establecen con generalidad absoluta que los derechos á la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte, y que por el solo hecho de ésta, suceden al difunto sus herederos:

Considerando que la declaración de presunción de muerte de una persona desde fecha determinada contiene, jurídica y lógicamente, la afirmación de que desde tal fecha debe tenerse por muerto á aquel á quien se refiere, y nacer, al tenor de los dos artículos antes citados, los derechos y obligaciones correspondientes á su sucesión:

Considerando que lo expresado en el art. 193 del Código acerca de la apertura de la sucesión, hace sólo referencia al procedimiento que se ha de seguir en el caso especial de que se ocupa, y no significa otra cosa sino que en la declaración de los derechos deben intervenir como autoridad pública los Tribunales para su efectividad, como acontece en el caso del art. 2047 de la ley de Enjuiciamiento civil ó del 989 del Código, donde se expresó que la aceptación de herencia surte sus efectos, no desde que se hace, sino desde el momento de la muerte de aquel á quien se hereda:

Considerando que si se aceptara la pretensión de que el derecho sólo empezase á existir en el caso actual desde que se dicta la sentencia de presunción, se establecería la doctrina, opuesta á los buenos principios de legislación procesal y sustantivas, de que las sentencias no se limitan á declarar los derechos, sino constituyen su origen exclusivo; y que siendo la lógica inflexible, al deducir las consecuencias de la opinión sostenida por el recurrente, se llegaría al extremo de entender que ni el mismo fallo producía el derecho á la sucesión, sino los hechos que sobrevinieran en el período de los seis meses, en que no puede ejecutarse, al tenor del art. 192 del Código, invocado en el recurso:

Considerando que lo que acaba de expresarse demuestra, teniendo también en cuenta el distinto carácter de las disposiciones, que la frase «no se ejecutará» de dicho art. 192 no tiene igual sentido que la de «no surtirá efecto», que á propósito de la ausencia contiene el art. 186, sino es una medida precautoria adoptada por el legislador atendiendo á la posibilidad de que, mediante la publicación de la sentencia, reaparezca el reputado por muerto; y

Considerando, por todo lo expuesto, que al resolver la Audiencia de Burgos que la declaración de presunción de muerte de D. José Benito de Ugarte y Zuazo debe surtir efectos legales, en cuanto á su sucesión, desde que transcurrieron treinta años después de las noticias habidas del mismo en 1845, no ha infringido los artículos 191 y 192 del Código civil, invocados como motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Juan D. Manuel de Ugarte, á quien con-

denamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto la copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madri 8 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 93.—TRIBUNAL SUPREMO.—9 de Marzo, pub. el 12 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Caducidad de un legado.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antolín Roldán contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, en pleito con D. Miguel Diez y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según se desprende del art. 1125 del Código civil, aplicable, por virtud de lo dispuesto en el 791, al caso de un legado establecido para después del fallecimiento de uno de los herederos, no es legado condicional el que se subordina á un suceso que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, debiendo consistir la incertidumbre en si ha de llegar ó no el día para que la disposición testamentaria mencionada haya de regirse por las reglas del legado condicional, y entre ellas por las del art. 759, según el que, el legatario que muere antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno á sus herederos:

Que, por lo expuesto, es evidente que en el caso referido, estimando la Sala sentenciadora que el legatario pudo transmitir el legado, por no ser condicional, á sus herederos, no obstante haber premuerto al testador, no infringe el citado art. 759:

Que tampoco infringe el mencionado fallo el art. 805 del mismo Código, porque no se opone que en el legado á término se entienda llamado el sucesor legítimo hasta el vencimiento del plazo, como en este precepto se dispone, á que el legatario transmita á sus herederos los derechos adquiridos por el legado.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Cervera de Río Pisuerga y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid por D. Antolín Roldán Llorente con D. Miguel Díez y Roldán, como representante de su mujer Doña Victoria Llorente y de su hijo D. Rafael Díez Llorente, y con D. Angel Montero González, como representante de su esposa Doña Tomasa Díez Llorente, todos labradores y vecinos de Cervera de Río Pisuerga, sobre caducidad de un legado; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Antolín Roldán Llorente, representado por el Procurador D. Francisco Iglesias, bajo la dirección del Letrado D. Juan Pedro Martínez; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que Doña Francisca Llorente Gómez falleció en Cervera de Río Pisuerga el día 25 de Octubre de 1892, bajo testamento abierto otorgado el 23 del mismo mes y año, en el que nombró por albaceas testamentarios, mancomunada ó solidariamente, á D. Clemente y D. Miguel Díez y á D. Froilán Roldán; instituyó heredero usufructuario de todos sus bienes á su esposo D. Clemente Díez, y por su fallecimiento, á su hermana Victoria y á sus sobrinos carnales Tomasa, Rafael y Marcelina Díez Llorente y Froilán, Pedro y Antolín Roldán Llorente, por partes iguales, y finalmente, legó en su cláusula 3.ª á su sobrina carnal Marcelina Díez Llorente, hija de Miguel Díez y Victoria Llorente, la casa en que vivía la testadora, con su huerto, corral, cuadra y demás pertenencias, y una terrada en el casco de la villa de Cervera, calle de Labradores, cuyos bienes heredaría al fallecimiento de Clemente Díez, y no antes:

Resultando que los albaceas testamentarios, contadores y partidores, designados por la testadora, practicaron las operaciones divisorias del caudal relicto, incluyendo en ellas el legado hecho á Doña Marcelina, con la indicación de que lo percibiría á la muerte de Clemente Díez; y fueron aprobadas en 3 de Noviembre de 1892 por los herederos, incluso por D. Miguel Díez, en su doble carácter de albacea y representante de su mujer Doña Victoria Llorente y de su hijo Rafael, y por el contador nombrado:

Resultando que la legataria Doña Marcelina Díez falleció el 31 de Mayo de 1894, y el heredero usufructuario D. Clemente dos días después, ó sea el 2 de Junio, quedando, por la muerte de D. Froilán Roldán, ocurrida el 10 de Mayo de 1896, como único albacea D. Miguel Díez Roldán:

Resultando que con estos antecedentes, D. Antolín Roldán Llorente, uno de los sobrinos y herederos de la testadora, formuló demanda en el Juzgado de primera instancia de Cervera de Río Pisuerga, diciendo que, habiendo fallecido la legataria dos días antes que el heredero usufructuario, se había procedido á entregar á los herederos propietarios los bienes que ya se les habían adjudicado en nuda propiedad al practicar las operaciones divisorias á la muerte de la testadora, no haciéndolo del legado de Doña Marcelina Díez, que no había podido surtir efecto, ni por tanto, transmitir aquélla nada á sus herederos; y pidiendo se dejara sin efecto el legado hecho á Doña Marcelina, y se refundiera, con sus rentas y productos, desde la muerte de la testadora en la masa hereditaria, distribuyéndose ésta entre sus herederos legítimos, por cabezas ó estirpes, según concurrieran por otro propio, ó por el de representación, y se declarara que D. Miguel Díez venía obligado, como único albacea, contador y partidor existente, á cumplir su encargo, salvando el error cometido:

Resultando que D. Miguel Díez Llorente, como representante de su mujer Doña Victoria Llorente y de su hijo Rafael, en el concepto de herederos de su hija Doña Marcelina, y D. Angel Montero, representante de su mujer Doña Tomasa Llorente, se opusieron á la demanda, exponiendo: que D. Miguel Díez no tenía el carácter de albacea, contador ni partidor de los bienes dejados por Doña Francisca Llorente, por haber terminado su misión en 3 de Noviembre de 1892, al entregar los bienes á los herederos; que no podían refundir en la masa hereditaria el legado en cuestión, porque había dejado de existir desde la adjudicación de los bienes á los herederos; y que los bienes que integraban el legado habían sido adjudicados en nuda propiedad á la legataria, teniendo tan sólo sobre ellos el usufructo D. Clemente Díez, y habiendo fallecido aquélla dos

días antes que éste, desde su muerte había quedado transmitida la nuda propiedad á sus legítimos sucesores, que eran sus padres, en quienes había quedado consolidado el dominio; y emplazados D. Pedro Roldan Llorente y Doña Juliana Merino, manifestaron que, estando conformes con el demandado, se allanaban á la demanda:

Resultando que al replicar el demandante sostuvo las pretensiones y afirmaciones de la demanda; y duplicando los demandados, añadieron á lo que tenían manifestado, que en Mayo de 1895 el demandante había solicitado la prevención del juicio voluntario de testamentaría de los bienes de Doña Francisca Llorente, no obstante hallarse ultimadas las cuentas y firmadas por todos los herederos, legatarios y el cónyuge viudo, y adjudicados los bienes en la parte correspondiente, en cuya virtud, el Juzgado, y luego la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio, desestimaron la pretensión del demandante, declarando válidas las particiones impugnadas:

Resultando que sustanciado el pleito por todos los demás trámites y en sus dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, por sentencia confirmatoria de 24 de Junio de 1898, declaró, con imposición de las costas de esta instancia al demandante, allanados y sometidos á la demanda á D. Pedro Roldán Llorente y á Doña Juliana Merino, y válido y subsistente el legado constituído en la cláusula 3.ª del testamento de 23 de Octubre de 1892, á favor de Doña Marcelina Díez, sin que á ello se opusiera el hecho de haber fallecido la legataria antes que el heredero usufructuario, puesto que aquélla transmitió á sus herederos los derechos consiguientes á la institución del legado, que adquirió desde el fallecimiento de la testadora, sin haber lugar á los demás extremos solicitados por el demandante:

Resultando que D. Antolín Roldán Llorente ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. El art. 759 del Código civil, que dispone que hasta que no se cumpla la condición no transmite el legatario derecho alguno á sus herederos; porque la Sala sentenciadora considera puro el legado en cuestión, fundándose en que falta para la condicionalidad la circunstancia esencial de que el hecho de la muerte de D. Clemente Díez fuera incierto, puesto que necesariamente había de venir, siendo así que si bien la muerte del Díez había de suceder, existía respecto de ella la incertidumbre del día que ocurriría, concurriendo las dos circunstancias de tiempo é incertidumbre exigidas para la existencia de toda condición, y habiendo muerto la legataria antes que el usufructuario, nada había podido transmitir á sus herederos:

Segundo. El art. 805 del mismo Código, al declarar la Sala válido el legado y conceder derechos á la legataria desde la muerte de la testadora, que no podía tener hasta la llegada del término señalado, que era la muerte de D. Clemente Díez, como terminantemente dispone el artículo citado, al decir que hasta la llegada del término señalado se entenderá llamado el sucesor legítimo.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que, según se desprende del art. 1125 del Código civil aplicable á la materia de este pleito, por virtud de lo dispuesto en el 791, no es legado condicional el que se subordina á un suceso que necesariamente ha de venir, áunque se ignore cuándo, debiendo consistir la incertidumbre en si ha de llegar ó no el día para que la disposición testamentaria de que se trate haya de regirse por las reglas del legado condicional, y entre ellas por las del art. 759, según el que, el legatario que

muere antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno á sus herederos:

Considerando, por lo expuesto, que no merece aquella calificación el establecido por Doña Francisca Llorente, en la cláusula 3.ª de su testamento en favor de su sobrina Doña Marcelina Díez, puesto que allí se ordenó que ésta no heredara, ó sea que no entrara en la posesión de los bienes legados hasta el fallecimiento de D. Clemente Díez, á quien instituyó heredero universal usufructuario; y por lo tanto, es evidente que al estimar la Sala que la legataria pudo transmitir el legado, por no ser condicional, á sus herederos, no obstante haber premuerto á D. Clemente Díez, no infringe el art. 759 antes citado, que se invoca en el motivo 1.º del recurso:

Considerando que tampoco infringe la sentencia el art. 805 del mismo Código invocado en el motivo 2.º, porque no se opone que en el legado á término se entienda llamado el sucesor legítimo hasta el vencimiento del plazo, como en este precepto se dispone, á que el legatario transmita á sus herederos los derechos adquiridos por el legado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antolín Roldán Llorente, al que condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 9 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 94.—TRIBUNAL SUPREMO.—9 de Marzo, pub. el 30 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Mañé contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña Dolores Vidal.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la demanda de pobreza constituye una interpelación judicial para los efectos de la prescripción, si se expresa en ella el objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido este incidente, como así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Noviembre de 1892, porque no hay verdadera interpelación mientras no se concrete ó especifique el derecho que mediante ella se ejercita contra determinada persona; de donde se sigue que cuando se omite aquella circunstancia, que no es requisito esencial para la tramitación y resolución del incidente de pobreza, la demanda inicial del mismo no produce el efecto de interrumpir el término de la prescripción:

Que los arts. 28 y 524 de la ley procesal, no tienen el alcance ne-

cesario para contrariar la precedente doctrina, pudiendo estar legalmente formulada la demanda de pobreza, y no producir, sin embargo, el efecto sustantivo de interrumpir la prescripción:

Que el usatge Omnes causæ, *no se ocupa de la interrupción de la prescripción.*

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Vendrell y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Mañé y Coca, profesor de instrucción primaria, vecino de Villanueva y Geltrú, con Doña Dolores Vidal y Tutusáns, propietaria, vecina de Albiñana, sobre pago de cantidad; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, representado por el Procurador D. Felipe Jiménez, bajo la dirección del Letrado D. Joaquín Pavón; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte recurrida:

Resultando que por escritura pública otorgada en 13 de Enero de 1853, con motivo del matrimonio concertado entre D. José Mañé y Llagostera y Doña Josefa Coca Soler, la madre de ésta, María Coca, como usufructuaria, y su hermano Antonio, como propietario de los bienes procedentes de su marido y padre D. Salvador Coca, dieron en dote á la Doña Josefa, y en pago de sus legítimas paterna y materna, por donación firme é irrevocable entre vivos, 2.000 libras catalanas en la forma que determinaron, de las que la Doña Josefa aportó en dote á sus futuros marido y suegro D. José y D. Vicente Mañé 1 200 libras y dos cómodas con ropa, dándoles éstos en esponsalicio 450 libras catalanas, que aseguraron, así como la dote, con hipoteca general sobre todos sus bienes presentes y futuros inscritos en la Contaduría de hipotecas de Villafranca del Panadés, haciendo en la misma escritura los padres del contrayente, D. Vicente y Doña Josefa Mañé, donación entre vivos heredamiento universal á su favor de todos sus bienes, reservándose la facultad de venderlos y empeñarlos sin intervención de su heredero, sólo en caso de necesidad; y por escritura de 5 de Febrero siguiente, día de la celebración del matrimonio, D. Vicente y D. José Mañé otorgaron á favor de María y Antonio Coca carta de pago de las 1.200 libras catalanas, que en aquel acto recibieron, y de las dos cómodas con ropa, y posteriormente de 400 libras más que como complemento de dote aportó la Doña Josefa Coca, la que por testamento de 8 de Octubre del mismo año legó el usufructo de todos sus bienes y derechos á su marido D. José Mañé, y en los restantes instituyó heredero á su hijo D. José Mañé y Coca:

Resultando que D. Vicente Mañé, por escritura de 27 de Septiembre de 1863, en pago de varios créditos, uno de los que importaba 544 duros, que D. Ramón Llagostera había satisfecho por cuenta del otorgante, su mujer, su hijo D. José Mañé y la esposa de éste le cedió dos piezas de tierra, de extensión seis jornales; la primera, sita en término de Albiñana, partida Parellada, y la segunda, de dos jornales y en el mismo término; por otra escritura de 5 de Junio de 1864, vendió con pacto de retro, en unión de su hijo D. José, á D. Pedro Tardín, en pago de créditos, una pieza de tierra campa de medio jornal de extensión, sita en término de Albiñana, partida Las Creux, que retrovendieron posteriormente á Don Ramón Llagostera los hijos del comprador; por escritura de 4 de Junio de 1866, el D. Vicente Mañé, al objeto de redimir un censo y satisfacer varias deudas, en algunas de las que había intervenido su hijo D. José, en uso de las facultades que se reservó en la escritura de capitulaciones matrimoniales, vendió al D. Ramón Llagostera diferentes bienes, consignados en siete números ó partidas separadas; y este comprador falle-

ció en 13 de Mayo de 1880, bajo testamento otorgado en el año 1852, en el que instituyó heredera universal á su esposa Doña María del Carmen Ramona y Beltrán, la que por escritura de 7 de Diciembre de 1881 vendió á Doña Dolores Vidal Totusáns diferentes bienes en ocho partidas, expresando que todos estos bienes pertenecían á la vendedora, como heredera de su marido D. Ramón Llagostera:

Resultando que D. José Mañé y Coca, en el concepto de hijo y heredero de Doña Josefa Coca, al objeto de promover juicio declarativo de mayor cuantía contra Doña Dolores Vidal Totusáns, dedujo demanda de pobreza en 11 de Enero de 1893 ante el Juez de primera instancia de Vendrell, y admitida, se emplazó á la demandada en 27 de Febrero del mismo año; y celebrado acto conciliatorio, sin avenencia, en 26 de Mayo de 1896, en 31 de Agosto siguiente formuló la demanda de autos, exponiendo: que de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y cartas de pago referidas, se deducía la existencia de una hipoteca tácita legal, sobre todos y cada uno de los bienes, tanto de la propiedad de su padre D. José Mañé como de su abuelo D. Vicente Mañé, que afectaba á los que éste vendió á D. Ramón Llagostera por escritura de 4 de Junio de 1866; que la demandada poseía los bienes y derechos señalados con los núms. 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.° de la referida escritura, en virtud de venta que en 7 de Diciembre de 1881 le había otorgado Doña María del Carmen Ramona y Beltrán; y que siendo heredero de su madre Doña Josefa Coca, le asistía acción para reclamar su dote, sin que á ello se opusiera el usufructo constituído á favor de su padre, cuyo paradero ignoraba, pues como consecuencia de dicho carácter, le correspondía hacer su entrega y ejercitar los derechos que competían á su causante; en cuya virtud suplicó se condenase á Doña Dolores Vidal á satisfacerle en el concepto expresado la cantidad de 1.600 libras catalanas, equivalentes á 4.266 pesetas, importe de la dote aportada por su madre, con más los intereses, á razón de un 6 por 100 anual desde la celebración del acto conciliatorio, y las costas:

Resultando que Doña Dolores Vidal opuso las excepciones de falta de personalidad en el demandante, porque no desconociendo el paradero de su padre, no podía prescindirse de él para la reclamación intentada, y la de prescripción, por haber transcurrido treinta años desde la primera venta, realizada por D. Vicente Mañé en 27 de Septiembre de 1863, hasta la presentación de la demanda principal en 31 de Agosto de 1896; y sustanciado el pleito por los demás trámites de ambas instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia revocatoria de 6 de Julio de 1898, absolvió á Doña Dolores Vidal Totusáns de la demanda interpuesta por D. José Mañé:

Resultando que D. José Mañé y Coca ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el caso 1.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos.

Primero. El art. 28, párrafo 1.° de la citada ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 524 de la misma, que respectivamente disponen que se formulará la demanda de pobreza del modo prevenido en el artículo 524, y éste, que en la demanda, expuestos sucintamente y numerados los hechos y fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda; en cuanto el fallo recurrido estima prescrita la acción ejercitada, por haber transcurrido los treinta años que marca la ley vigente en Cataluña en dicha materia, fundándose para ello en que la demanda de pobreza no había interrumpido la prescripción, por la sola razón de que en ella, si bien se había fijado la persona que había de ser demandada y la

clase de juicio que se intentaba promover, no se indicaba el objeto de la reclamación, siendo así que se había manifestado no era otro que el de promover un juicio declarativo de mayor cuantía, como reconocía la Sala, que quedó perfectamente determinado cuando se formuló el escrito sobre el pleito principal, el que, una vez entablado, fijó el objeto ulterior de la demanda de pobreza, y siendo ésta una incidencia de aquél, la fecha de su presentación había interrumpido el tiempo de la prescripción, en cuya virtud, en la venta efectuada en 27 de Septiembre de 1863, en la de 4 de Junio de 1866, habian podido prescribir la acción del recurrente contra Doña Dolores Vidal, puesto que presentada la demanda incidental en 11 de Enero de 1893, y emplazada aquélla en 27 de Febrero del propio año, no habían transcurrido, á contar desde la fecha de la primera venta, los treinta años que para la prescripción de acciones, buenas ó malas, exige el *usatge Omnes causæ:*

Segundo. La jurisprudencia de este Tribunal Supremo contenida, entre otras sentencias, en la de 23 de Marzo de 1871, que declara que cualquier género de interpelación judicial interrumpe la prescripción, y en las de 13 de Mayo de 1889 y 23 de Noviembre de 1892, que de conformidad establecen que la demanda sobre declaración de pobreza, que según la ley de Enjuiciamiento civil se considera como un incidente del asunto principal, denuncia la reclamación del derecho de que el actor se cree asistido contra tales ó cuales personas que desde entonces son objeto de la interpelación judicial, que interrumpe la prescripción; en cuanto el fallo recurrido niega eficacia á la demanda de pobreza para interrumpir la prescripción, siendo así que se había denunciado con su presentación la reclamación del derecho principal ejercitado contra la demandada, que no era otro sino el del reintegro de las 1.600 libras catalanas, equivalentes á 4.266 pesetas 66 céntimos, como procedentes de lo que su difunta madre había aportado á la sociedad conyugal, garantizado con la forma de hipoteca entonces vigente, y constando en la demanda la clase de juicio que se intentaba promover, al incoarlo, lo accesorio se había unido á lo principal, y siendo parte integrante suya, había interrumpido la prescripción de la acción relativa á los contratos de venta referidos; y

Tercero. El *usatge Omnes causæ* que la sentencia recurrida invoca indebidamente para declarar prescrita una acción que debe juzgarse viva y efectiva con todas sus consecuencias, como terminantemente dispone la jurisprudencia anteriormente citada, pues si bien desde la primera enajenación, realizada por D. Vicente Mañé en 27 de Febrero de 1863, hasta el 31 de Agosto de 1896, fecha de la presentación de la demanda principal, habían transcurrido los treinta años que para la prescripción de acciones señala aquel *usatge*, dicho período de tiempo se había interrumpido con la presentación de la demanda incidental.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que la demanda de pobreza constituye una interpelación judicial para los efectos de la prescripción, si se expresa en ella el objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido este incidente, como así lo tiene declarado este Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Noviembre de 1892, porque no hay verdadera interpelación mientras no se concrete ó especifique el derecho que mediante ella se ejercita contra determinada persona; de donde se sigue que cuando se omite aquella circunstancia, que no es requisito esencial para la tramitación y resolución del incidente de pobreza, la demanda inicial del mismo no produce el efecto de interrumpir el término de la prescripción:

Considerando que en la entablada por el recurrente, con el fin de obtener los beneficios de la defensa gratuita en el pleito que después promovió contra Doña Dolores Vidal, no se expresó, según se declara en la sentencia, el objeto de la reclamación ulterior, y en su virtud, siendo la única cuestión planteada en el recurso la de saber si el término de la prescripción de treinta años, establecida en el *usatge Omnes causæ,* quedó interrumpido por aquella demanda, es inconcuso que la casación no puede prosperar, en primer lugar, porque la Sala, al resolver dicha cuestión en sentido negativo, lejos de infringir la sentencia citada de 1892, se atempera á la doctrina consignada en ella; en segundo lugar, porque el *usatge* referido no se ocupa de la interrupción de la prescripción; y en tercer lugar, porque los artículos de la ley de Enjuiamiento civil, que también se invocan, no tienen el alcance que el recurrente les atribuye, pudiendo estar legalmente formulada la demanda de pobreza y no producir, sin embargo, el efecto sustantivo que en el recurso se pretende;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Mañé y Coca, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.= Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 9 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 95.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Marzo, pub. el 25.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Reivindicación.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Vicente Sáez contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en pleito con el Ayuntamiento de Alginet. En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que carecen de fundamento para la casación los motivos del recurso que se apoyan en hechos contrarios á los que la sentencia afirma por el resultado de las pruebas practicadas en el juicio, sin impugnar las apreciaciones de éstas por la Sala sentenciadora de la manera especial que exige el núm. 7.º del art. 1692 de la ley procesal; pues en casación han de prevalecer los hechos reconocidos como ciertos por el Tribunal a quo.

Que la incongruencia atribuida al fallo recurrido es ineficaz para producir la casación de éste, cuando la Sala sentenciadora se funda además en otras consideraciones legales de aquellas en que se pretende establecer la incongruencia:

Que los actos de reconocimiento y confirmación tácita del contrato con arreglo al art. 1311 del Código civil, extinguen, según el 1309, la acción de nulidad del mismo:

Que no son indemnizables los gastos injustificados ó contraidos voluntariamente:

Que no cabe resolver la nulidad de los contratos sin oir á los que fueron parte en ellos:

Que los artículos 1902 y 1903 del Código civil, establecen la obligación de reparar el daño causado por acción ú omisión, interviniendo culpa ó negligencia:

Que no es de estimar la infracción de las leyes 111 y 114, tít. 18, Partida 3.ª del art. 1218 del Código civil, y de los 578, 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando la sentencia recurrida no desconoce el valor y eficacia probatoria de los instrumentos públicos, sino que combinando lo que de ellos resulta con otros documentos y pruebas, estima la certeza del hecho de que se trata.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantia, seguidos en los Juzgados de primera instancia de Alcira y Carlet y la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Valencia, por demanda de D. Vicente Sáez Alcover, labrador, vecino de Alginet, contra el Ayuntamiento de este pueblo, representado por su Síndico, con cuyo carácter han intervenido sucesivamente D. José Alegre Bosch y D. José Sánchez Torres, sobre reivindicación de fincas é indemnización de daños y perjuicios; pleito pendiente ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el demandante, á quien representa el Procurador D. Juan Pascual García y defienden los Letrados D. Juan Poveda y García y D. Dionisio Díez Enríquez, éste en el acto de la vista; habiendo comparecido en este Supremo Tribunal el Ayuntamiento de Alginet, representado y defendido por el Procurador D. Pío Rebollo y Alonso y el Letrado Don José Guillén y Sol:

Resultando que por acuerdo del Ayuntamiento de Alginet—del partido de Carlet, en la provincia de Valencia—,fué requerido D. Vicente Sáez Alcover, Depositario de los fondos del Pósito de aquel pueblo, para que á la mayor brevedad rindiera cuentas, y no habiéndolo verificado con la urgencia reclamada, se le suspendió en el indicado cargo, según comunicación del Alcalde D. Salvador Espert, fecha 4 de Abril de 1891, nombrándose á D. Vicente Ildefonso Alegre para que de oficio formase las aludidas cuentas, de las que resultó un descubierto de 2.051 pesetas 40 céntimos, para cuyo ingreso se le concedió al Sáez, en 16 de Agosto de dicho año, un plazo de tres dias, y luego en 22 del mismo mes otro de veinticuatro horas, con apercibimiento de incurrir en otro caso en el recargo del 5 por 100, correspondiente al apremio de primer grado, procediéndose después al segundo, con embargo y venta de bienes; y en vista de no haber tenido efecto dicho ingreso en los plazos marcados, el Alcalde de Alginet, en providencia de 24 del referido Agosto, nombró comisionado ejecutor á D. Pascual Ibáñez y Martí, quien previa aceptación, continuando el expediente, declaró al Sáez incurso en los apremios de segundo y tercer grado, procedió al embargo de bienes inmuebles del mismo; y no obstante la entrega de 177 pesetas 95 céntimos, hecha por Sáez en 24 de Septiembre como alcance ó existencia obrante en su poder de los fondos de que había sido depositario, el agente Ibáñez decretó en 26 de Octubre la venta en pública subasta de los inmuebles embargados, para cubrir con su valor 2.505 pesetas 18 céntimos de débito principal, recargos y costas, señaló para aquel acto el día 16 del próximo Noviembre, y publicó con fecha 30 del citado Octubre los correspondientes edictos anunciando la subasta:

Resultando que en este estado el expediente de apremio, el ex Depositario D. Vicente Sáez acudió en 3 de Noviembre de 1891 á la Alcaldía de Alginet, con instancia pidiendo se suspendiesen las diligencias, lo cual le fué negado, participándole el Alcalde no podía otorgarse la suspensión solicitada mientras no acompañara carta de pago acreditativa de haber hecho el ingreso del débito, gastos y costas, con cuyo motivo, el día 6 de aquel mes Sáez dirigió solicitud al Gobernador civil de Valencia, suplicándole, entre otros extremos, mandase suspender el aludido expediente, y aunque así lo acordó aquella Autoridad en providencia de la citada fecha y en la misma comunicó el acuerdo al Alcalde de Alginet, no se dió á esta orden el debido cumplimiento:

Resultando que llegado el día 16 de Noviembre de 1891 que se fijó para la subasta, tuvo lugar ésta, rematándose á favor de D. Salvador Espert Roig de Salvador, como único licitador, entre otras fincas que después se eliminaron de la adjudicación, una casa en el pueblo de Alginet, calle de la Carnicería, demarcada con el núm. 17, por el tipo de 566 pesetas 95 céntimos, y 10 hanegadas de tierra inculta de tercera clase en la partida de los Cabezols, término de aquel pueblo, por el tipo de 83 pesetas 44 céntimos; después de lo cual, el comisionado D. Pascual Ibáñez, por la no comparecencia del apremiado Sáez Alcover, á pesar de habérsele requerido al efecto, otorgó á nombre de éste en 20 de Diciembre del mismo año, ante el Notario de Alginet D. Joaquín Botella, escritura de venta de las referidas casa y tierra al rematante D. Salvador Espert, confesando en el aludido documento el mismo agente tener recibidas del comprador las 650 pesetas 39 céntimos, importe total del remate:

Resultando que el D. Salvador Espert, acreditando acto conciliatorio, que dio por intentado, con D. Vicente Sáez Alcover, dedujo contra éste, con fecha 2 de Septiembre de 1892, ante el Juzgado de primera instancia de Alcira, demanda en juicio ordinario de menor cuantía, para que se le declarase dueño de las dos fincas de que se ha hecho referencia, solicitando sustancialmente se condenase al demandado á entregárselas con los frutos percibidos desde 20 de Diciembre de 1891, fecha de la escritura de venta á su favor de dichos inmuebles, y al pago de las costas; al contestar cuya demanda D. Vicente Sáez, se opuso á ella, formuló reconvención, con la súplica de que se declarase rescindible de hecho y de derecho la citada escritura, é interesó la defensa por pobre, proponiendo incidente que fué luego resuelto á su favor; y el ya restablecido Juzgado de Carlet dictó sentencia el día 19 de Noviembre del expresado año 1892, en que declaró que Espert era dueño de las dos fincas de referencia; condenó al demandado Sáez á que las dejase libres á disposición de aquél, con todos los frutos percibidos desde la presentación de la demanda; absolvió al mismo demandado de las restantes peticiones de Espert y á éste de la reconvención del Sáez, y dejó á salvo los derechos del último para reclamar contra los que indebidamente hubiesen pretendido cobrar cantidades no debidas, sin hacer especial imposición de costas; siendo este fallo confirmado, con las costas de la segunda instancia al apelante Sáez, por la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Valencia en otra sentencia de 19 de Mayo de 1893; como consecuencia de ello, y en período de ejecución de la sentencia referida, el Juzgado, en auto de 25 del siguiente Octubre, mandó conferir á Espert la posesión de las dos fincas objeto del juicio, á cuyo fin comisionó al alguacil y actuario, apercibiendo á Sáez del lanzamiento si no desalojaba la casa dentro de ocho días y en el acto la tierra; y por otro auto de 18 de Noviembre mandó que el inmediato día 19, constituyéndose de nuevo

la Comisión en la casa calle de la Carnicería, posesionase de ella á Don Salvador Espert, valiéndose de cerrajero ú otros medios si se encontrase cerrada:

Resultando que en virtud de nueva instancia, fecha 19 de Noviembre de 1891, de D. Vicente Sáez al Gobernador civil de Valencia, exponiendo haberse llevado á efecto la subasta y remate de los bienes que le fueron embargados en el expediente de apremio que le seguía el Ayuntamiento de Alginet, el aludido Gobernador mandó al Alcalde de aquel pueblo que dentro de tres días cumpliese su anterior orden de 6 del expresado mes, sobre suspensión del expediente contra Sáez, conminándole en otro caso con el máximum de la multa; y no habiendo cumplido tampoco el citado Alcalde lo nuevamente dispuesto, le impuso aquella corrección y dió cuenta de las reclamaciones de Sáez á la Comisión permanente de Pósitos, la cual, previa visita que mandó girar al de la villa de Alginet, en unta celebrada el día 4 de Noviembre de 1892 acordó, en lo esencial, que al Sáez no se podían exigir más que 326 pesetas 25 céntimos; contra cuyo acuerdo, confirmado por el Gobernador, interpuso el Sáez recurso de alzada para ante el Ministerio de la Gobernación, y éste, en Real orden dictada el día 13 de Junio de 1893, resolvió: primero, estimar el recurso de Sáez y declarar nulo en todos sus efectos el apremio seguido contra él por el Alcalde de Alginet; segundo, que la Comisión permamente de Pósitos de Valencia normalizase la administración del de Alginet, practicando una liquidación general de cuentas, oyendo al Sáez y demás interesados; y tercero, que se reservaba al recurrente el derecho que pueda asistirle para reclamar indemnización por los daños y perjuicios á consecuencia del apremio:

Resultando que en virtud de segundo traslado hecho en 8 de Julio de 1893 por el Gobernador de Valencia al Alcalde de Alginet de la referida Real orden fecha 13 de Junio de aquel año, el Ayuntamiento del aludido pueblo instruyó expediente para cumplimentarla, tomando el acuerdo de que se exigiera de D. Salvador Espert la retroventa á favor de D. Vicente Sáez, de las fincas que aquél adquirió de éste en el expediente declarado nulo, á lo cual el primero, por medio de instancia, prestó su conformidad, siempre que se le reintegrase del precio de la compra; mas como el Ayuntamiento entendiera que Espert debía reclamar el reembolso de aquel precio del comisionado instructor del expediente, el Don Salvador Espert recurrió de esta resolución para ante el Gobernador civil de la provincia, que, en virtud de decreto de 18 de Agosto, previno al Alcalde de Alginet que la Corporación que presidía era la obligada á reclamar del agente el aludido precio; y hecho así sin resultado, el Ayuntamiento de Alginet, en sesión de 22 de Octubre también de 1893, acordó que de los fondos municipales se aprontase la cantidad necesaria para indemnizar á Espert del valor de las fincas que éste había de retrovender á Sáez; pero como aquél, á pesar de haberse allanado á ello, no hubiese designado el Notario ante el cual se había de otorgar la escritura, según se le previno al requerirle, en otra sesión que celebró el Ayuntamiento de que se trata en 29 de dicho mes de Octubre, se tomó el acuerdo de que Sáez, por sí y subsidiariamente con aquella Corporación, entablase la demanda oportuna á conseguir la retroventa, y caso de renunciar dicho Sáez á esta facultad, autorizar al Síndico para que, representando al Ayuntamiento, ejercitase las acciones competentes á tal propósito, en consonancia con cuyo acuerdo y usando de aquella autorización, el Síndico del Ayuntamiento de Alginet y D. Vicente Sáez dedujeron con fecha 26 de Septiembre de 1894, ante el Juzgado de primera instancia de Alcira, demanda de menor cuantía contra D. Salvador Espert y Roig,

solicitando se condenase á éste á otorgar á Sáez venta de las 10 hanegadas en la partida de Cabezols y de la casa calle de la Carnicería que adquirió el demandado por la escritura de 20 de Diciembre de 1891, recibiendo en el acto del referido Ayuntamiento las 650 pesetas 39 céntimos que dió como precio de ellas, dejando tales fincas á disposición de Sáez, é imponiendo al Espert el pago de las costas; y pendiente aún este juicio, se otorgaron en 7 de Mayo de 1895, ante el Notario de Alginet Don Joaquín Botella, dos escrituras, por una de las cuales D. Salvador Espert y Roig de Salvador vendió á Trinidad Sáez Alfonso las antedichas tierra y casa, por precio ésta de 566 pesetas 95 céntimos y aquélla de 83 con 44 céntimos, que recibió en el acto el vendedor de la compradora, quedando ésta facultada para cobrar la merced del arrendamiento que aquél impuso sobre la finca rústica á favor de José Roig Cholvi por término de seis años y renta en cada uno de 87 pesetas 50 céntimos, según escritura de 18 de Enero de 1894; y por la otra de las aludidas escrituras, D. Vicente Sáez Alcover y el D. Salvador Espert transigieron sus diferencias, conviniendo al efecto, entre otros extremos sin importancia actual, los siguientes: dar por terminadas las cuestiones pendientes entre ellos y las que pudieran surgir con motivo del apremio y propiedad de las dos fincas objeto de la anterior escritura, renunciando á cuantas acciones les asistiesen sobre el particular; liquidar los derechos del Espert en la suma de 2.519 pesetas, á saber: 650 pesetas 39 céntimos, valor de las dos fincas, del cual se había incautado al venderlas por escritura de aquel mismo día á la hija del Sáez, Trinidad Sáez Alfonso; y 1.868 pesetas 61 céntimos, importe de las costas y gastos satisfechos por Espert en el pleito y de los abonos á que tenía derecho por percepción de frutos y otros extremos; de esta última cantidad, pagó Sáez á Espert en el acto del otorgamiento 618 pesetas 61 céntimos, dejando aplazadas las 1.250 pesetas restantes, con el interés de un 7 por 100 é hipoteca en su garantía, constituída por Trinidad Sáez Alfonso, de la casa y tierra que acababa de adquirir del Espert; y últimamente, quedar Sáez libre y con perfecto derecho para reclamar de quien correspondiese, independientemente de Espert, el reembolso de dichas cantidades á título de reintegro é indemnización, según la Real orden de 13 de Junio de 1893; quedando la hipoteca de que se ha hecho referencia cancelada por haberse satisfecho las 1.250 pesetas y sus intereses, según carta de pago que otorgó Espert á favor de Sáez en escritura de 31 de Octubre de 1895 ante el mismo Notario Botella:

Resultando que bajo estos antecedentes, D. Vicente Sáez Alcover, utilizando los beneficios de pobreza que le fueron concedidos con motivo del pleito con D. Salvador Espert, dedujo con fecha 23 de Junio de 1896, ante el Juzgado de primera instancia de Alcira, demanda ordinaria en juicio declarativo de mayor cuantía contra el Ayuntamiento de Alginet, solicitando se condenase en su día á dicha Corporación á que devuelva al actor la posesión y propiedad de las dos fincas de que se ha hecho referencia, ó sean: una tierra de 10 hanegadas, en la partida de los Cabezols, término de Alginet, y una casa en este pueblo, calle del Arzobispo Sanchís, antes de la Carnicería, núm. 25, vendidas á D. Salvador Espert Roig de Salvador, en virtud de los procedimientos de apremio seguidos contra el demandante; al abono de los frutos y rentas que el mismo debía haber percibido como producto de los indicados bienes; á que le abonara también los daños y perjuicios que con aquellos procedimientos se le irrogaron con motivo de los pleitos seguidos en Carlet, Alcira y Audiencia de Valencia; de los gastos de viaje á dichos puntos y á esta corte, á causa de la tramitación de la alzada á que dió lugar el repetido apremio,

y el importe de los disgustos y gastos ocasionados en la enfermedad sufrida por el actor á consecuencia de tan injusto expediente, de los que se hicieron copartícipes la familia del mismo al verse, en cumplimiento y ejecución de la sentencia de Carlet, sin casa ú hogar en que poder habitar, cuyos daños y perjuicios los estimaba todos en 50.000 pesetas, mas bién más que menos; que se declarasen nulas y sin valor legal alguno las escrituras de venta á favor de Trinidad Sáez, y de arriendo de las 10 hanegadas á favor de José Roig, y que se condenase al Ayuntamiento demandado al pago de todas las costas; por otrosí interesó que en la ejecutoria que recayera en el pleito se ordenara que el Ayuntamiento de Alginet incluyera en su presupuesto ordinario, ó en otro caso se formase uno extraordinario, la cantidad necesaria para hacer efectivas al demandante las responsabilidades á que fuese condenado; y finalmente, pidió también en diversos y sucesivos otrosíes se aportasen á los autos diferentes documentos, además de los que se acompañaban á la demanda, citando la Dirección de la *Gaceta* como archivo del ejemplar de dicho periódico oficial en que aparece inserta la Real orden dictada en el expediente de apremio por el Ministerio de la Gobernación:

Resultando que el D. Vicente Sáez Alcover, además de relacionar en su demanda los hechos que quedan expuestos en los antecedentes, hizo en sustancia, para apoyar sus solicitudes, las alegaciones que siguen: que terminado y declarado nulo, según la Real orden del Ministerio de la Gobernación fecha 13 de Junio de 1893, el expediente de apremio que se le había seguido por acuerdo del Ayuntamiento de Alginet, como Depositario que fué de los fondos del Pósito del mismo pueblo, se le reservó en aquella disposición el derecho que pueda asistirle para reclamar indemnización de daños y perjuicios, y que usando de tal reserva, ejercitaba su acción por la demanda origen de este recurso, para conseguir que se le amparase en su derecho reintegrándole en la propiedad y posesión de los bienes que le fueron vendidos en tal expediente, sin causa legal para ello y por muchísimo menos de su justo valor; que noticioso Sáez de que el Ayuntamiento de Alginet tenía resuelto apremiarle por considerar que indebidamente tenía en su poder 2.051 pesetas 40 céntimos pertenecientes á la Caja del Pósito y destituirle del cargo de Depositario de los fondos del mismo establecimiento, tuvo necesidad de tomar á préstamo de D. Vicente Furió, según escritura, copia simple de la cual acompañaba, la cantidad de 1.500 pesetas al interés del 9 por 100, y como, con arreglo á la Real orden citada, resultó que no debía cantidad alguna, se le había causado el consiguiente perjuicio y el del pago al acreedor—como justificaba con recibos—de 574 pesetas 25 céntimos por razón de réditos, haciendo frente con aquella suma á la entrega que hizo al Ayuntamiento de las 177 pesetas 95 céntimos de que en todo caso podría resultar ser deudor al Pósito, y á los gastos de viajes á Valencia, Alcira y Carlet con motivo del recurso de alzada, el cual, no sólo le impuso aquellos y otros muchos sacrificios pecuniarios, entre ellos 868 pesetas 75 céntimos de préstamo é intereses que hicieron al actor Pons y Juan Delfrutt, y que acreditaba documentalmente, sino que también múltiples disgustos, pues tuvo que personarse en Madrid acompañado de su hija Trinidad, por hallarse enfermo é imposibilitado de viajar solo, con objeto de gestionar la pronta resolución del expediente hasta obtener la aludida Real orden; que el cóntrato de compraventa de 20 de Diciembre de 1891 entre el agente ejecutivo y D. Salvador Espert fué simulado, demostrándolo así el resultando séptimo de la Real orden de 13 de Junio, en que se hace constar que el último, en los años económicos de 1889 á 1891, era Secretario del Ayuntamiento de Alginet; que en dicho contrato se

enajenaron con lesión enorme la casa y las 10 hanegadas de tierra que comprendía, pues se vendieron ambas á Espert por el precio—en que se perjudicó al actor—de 650 pesetas 39 céntimos, cuando en el pleito de menor cuantía seguido por el comprador para reivindicar dichas dos fincas fué tasada la primera por un perito en 2.250 pesetas y por otro en 2.125 justipreciándose; la tierra, que resultó de la medición con 19 y media hanegadas, en 780 pesetas; que con dicha enajenación se privó al demandante del producto de las expresadas fincas, sufriendo daños y perjuicios la familia del Sáez, pues al desposeérsele de la casa, calle de la Carnicería, núm. 17, tuvo que alquilar otra, importando los arrendamientos de aquélla, que ha dejado de percibir el actor, la suma de 1.125 pesetas, ó sean 75 céntimos de peseta diarios por término de cuatro años y dos meses, á contar desde el 20 de Diciembre de 1891 al 29 de Febrero de 1896, siendo de 625 pesetas el importe de los arrendamientos de la finca rústica, á razón de 150 cada año, renta en que, á bajo precio y sin obtener lucro alguno, hubiera podido arrendarla el Sáez; que el litigio seguido por D. Salvador Espert contra Sáez para reivindicar las fincas en cuestión había causado á éste cuantiosos daños y perjuicios, consistentes en la celebración de diversos contratos, á saber: uno de préstamo de 1.000 pesetas, con hipoteca é intereses de 9 por 100, hecho por el indicado D. Vicente Furió á su hija Doña Trinidad Sáez, según escritura de 15 de Febrero de 1894, ante el Notario de Carlet D. José Montes Soro, con cuya cantidad, además de satisfacer los gastos notariales y del Registro, ocasionados por aquel documento, importantes 99 pesetas, abonó 429 pesetas al Procurador de Alcira D. José Cabot por sus derechos, papel y gastos suplidos en las actuaciones de ejecución de la sentencia obtenida por Espert, y 171 al Letrado D. José L. Carbó por sus honorarios en dicho asunto—justificantes de cuyas dos partidas acompañó—, invirtiendo las 301 pesetas, resto de las 1.000, en pagar costas y gastos del aludido juicio que, previa tasación, se le habían reclamado; otro contrato de venta hecha por la misma Trinidad Sáez en 18 de Febrero de 1895, según escritura ante el mismo Notario, á favor de Bartolomé Solano, de dos fincas rústicas en término de Algemesí, invirtiéndose las 2.727 pesetas de su precio en los siguientes pagos: á Furió, como parte de principal é intereses del préstamo de 1.500 pesetas, 1.137; á Don Luis Calomarde, por costas devengadas en la Audiencia de Valencia, 225; por gastos de la escritura, 50; costas en el pleito á instancia de Espert y alzamiento del embargo practicado en el mismo, 339 con 73 céntimos; como parte de la cantidad que quedó aplazada entre Sáez y Espert en la transacción de 7 de Mayo de 1895, 265 pesetas; 90 á Furió por intereses del préstamo de 1.000 pesetas; al Letrado Carbó, por sus viajes de Valencia á Alcira y otros gastos, 125 pesetas; quedando un resto de 503 pesetas, con el que el actor y su hija atendieron á sus gastos de viaje entre los indicados puntos y á la adquisición de algunos documentos; y otro contrato también de venta hecha por la referida hija del demandante Doña Trinidad Sáez en escritura de 31 de Octubre del último citado año, ante el propio Notario Montes, á favor de Bernardo Hervás, de 18 hanegadas de tierra en la partida de la Cruz negra, del término de Carlet, por precio de 1.620 pesetas, distribuídas así: 500 dadas á Furió por la tercera parte del préstamo de 1.500 pesetas; 135 pagadas al mismo por intereses de dicho préstamo, y 985 como parte de las 1.250 pesetas que quedaron aplazadas al transigir Sáez y Espert en 7 de Mayo de 1895; que antes de esto, por escrituras de 7 de Octubre de 1893 y 27 de Febrero de 1894, había vendido el actor á su hija Trinidad las dos fincas en término de Algemesí y la otra en término de Carlet, no á fin de eludir el

pago á sus acreedores, sino temiendo que éstos le pidiesen lo que de ellos había tomado para los múltiples gastos del apremio, así como también para que aquélla pudiese atender mejor á los muchos compromisos del actor sin riesgo de su salud, en peligro por aquel entonces, y que de otra manera hubiese muerto; que también se habián causado á Sáez de perjuicio las 650 pesetas 39 céntimos, precio por el que la Trinidad Sáez, según escritura de 7 de Mayo de 1895, había adquirido las dos fincas mencionadas de D. Salvador Espert; mas como éste había arrendado las 10 hanegadas de tierra á José Roig Sáez por término de seis años, había dejado de percibir el 1.º de Noviembre del de 1894, en que se otorgó la escritura de arriendo, y en los siguientes, por la merced del mismo, 87 pesetas 50 céntimos, que importaban en junto 156 pesetas; haciendo constar que el demandante nunca hubiera otorgado tal contrato si hubiese permanecido la finca en su poder, toda vez que el precio estipulado como renta no llegaba con mucho al importe de la vigésima parte del valor que las cosechas de algarroba y vendimia producían:

Resultando que también alegó el actor, en apoyo de su demanda, lo siguiente: que como consecuencia de escritura de transacción celebrada entre él y D. Salvador Espert en 7 de Mayo de 1895, y según la de carta de pago de 31 del siguiente mes de Octubre, cuyas copias acompañaba, había entregado al último las 1.868 pesetas consignadas en aquel primer documento, y el interés á razón de 7 por 100 correspondiente á las 1.250 pesetas que quedaron aplazadas desde la primera de las citadas fechas, abonando además 120 pesetas por gastos de las escrituras de transacción y venta á favor de Trinidad Sáez, hecha también en 7 de Mayo de 1895, é independientemente de la cantidad que figura en la aludida escritura de convenio por razón de costas, las devengadas en la Audiencia de Valencia, importantes 225 pesetas en la apelación que interpuso en el pleito con Espert, invirtiendo en ello parte de las 750 pesetas tomadas á préstamo de D. León Buc, según documento privado de que hacía presentación; que por otros conceptos había abonado Sáez 22 pesetas 45 céntimos al Juzgado municipal de Alginet por derechos de dos juicios de conciliación y por derechos notariales de cuatro copias simples de escritura: que aunque pobre, tendría que pagar á su tiempo los gastos del pleito de que se trata, creyendo no habían de exceder en mucho á 10.000 pesetas; que los gastos de la enfermedad que padeció el demandante, debida á habérsele privado de parte de sus bienes tan injustamente, carecían de factible remuneración y justiprecio para él y su familia; y, por último, que la Corporación municipal de Alginet, al acordar por unanimidad en 16 de Agosto de 1891 se notificase á Sáez ingresara las 2.051 pesetas 40 céntimos, y al nombrar agente ejecutivo para apremiarle al pago de tal suma, realizó actos administrativos en materia de su competencia, cumpliendo las disposiciones vigentes sobre Pósitos, y por ello la aludida Corporación tenía personalidad para poder ser demandada en el pleito á que se contrae el presente recurso, dirigiendo su acción contra el Síndico del Ayuntamiento de aquel pueblo, como su representante legal, después de haber celebrado, sin avenencia, el oportuno acto de conciliación, según acreditaba por medio de certificado acompañado al efecto; y finalmente, D. Vicente Sáez hizo las citas legales que estimó aplicables al caso, alegando entre tales fundamentos de derecho, que era un principio legal inconcuso que, interpuesto en tiempo y forma un recurso contra la resolución dictada por la Autoridad judicial ó administrativa para ante su superior jerárquico, queda suspensa la jurisdicción del inferior hasta que aquél resuelva, lo cual había infringido el Ayuntamiento de Alginet al continuar el apremio contra el actor luego de constarle que éste había

interpuesto recurso de alzada ante el Ministerio, y después de haber recibido orden de suspensión del Gobernador, quien multó al Alcalde por la desobediencia:

Resultando que admitida la demanda y habiendo accedido el Juzgado á la aportación de documentos interesada por el actor, se unieron éstos á los autos, teniendo de ellos sólo importancia actual una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Alginet, y visada por el Alcalde, de la cual consta que en los libros de actas de sesiones de aquel Ayuntamiento, correspondiente á los años 1889 á 1890 y 1890 á 1891, no aparecía que Salvador Espert y Roig hubiera ejercido el cargo de Secretario de dicho Municipio, excepción hecha de poco más de un mes que lo fué con carácter de interino, nombrándosele, en tal concepto, en sesión de 13 de Septiembre de 1891 y dimitiendo en 18 de Octubre, deduciéndose la toma de posesión porque firmó como Secretario el acta primeramente citada y las siguientes hasta su cese:

Resultando que, previo emplazamiento, en 20 de Julio de 1896 compareció en el juicio debidamente representado, D. José Alegre Boch, como Síndico del Ayuntamiento de Alginet, y en 25 de Agosto siguiente contestó la demanda, acompañando á ella varios documentos, entre los cuales figura, como digno de mencionarse, una certificación fecha 18 de Agosto de 1896—que cotejada en término de prueba resultó conforme—, expedida por el Secretario de dicho Ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde, que comprende los dos particulares siguientes: primero, que en el acta de la sesión de 28 de Abril de 1895 constaba el acuerdo del Ayuntamiento disponiendo la entrega á Sáez del capítulo de imprevistos de 700 pesetas, para el acto de otorgar escritura de retroventa de las fincas vendidas del mismo, cantidad que ingresaría en caja tan pronto como se llevasen á efecto las responsabilidades que se exigían á varios Concejales en cierto expediente; y segundo, resultar de los libros de contabilidad correspondientes, un libramiento, fecha 7 de Mayo de aquel año 1895, de 700 pesetas que, con cargo al indicado capítulo, se habían satisfecho á Sáez como importe del valor de las fincas que le habían sido vendidas en pública subasta por supuestos débitos al Pósito:

Resultando que el Síndico D. José Alegre, en su indicado escrito de contestación, alegó como hechos sustanciales: que de la fecha de la Real orden de 13 de Junio de 1893 se deducía la excepción de prescripción de la acción que se ejercitaba en la demanda; que eran ciertas las escrituras de venta y transacción de 7 de Mayo de 1895, pero que los hechos á ellas referentes tenían su explicación y ampliación en otros maliciosamente ocultados por el actor y que demostraban su audacia y mala fe; que la demanda deducida contra D. Salvador Espert por el Síndico de Alginet y Sáez, hace ver que el último, no sólo consintió y aceptó el acuerdo del Ayuntamiento, tasando en 650 pesetas 39 céntimos los daños y perjuicios que se le irrogaron por la venta, sino que acudiendo, juntamente con el Ayuntamiento, á los Tribunales contra Espert para que le otorgara la retroventa, persiguió la realización de aquel acuerdo que tuvo efectividad al quedar Sáez indemnizado, según demostraban las escrituras de venta y transacción de 7 de Mayo de 1895; siendo de advertir que si Espert no otorgó la retroventa á Sáez y sí á la hija de éste, fué á ruegos del mismo Sáez, que se hallaba presente y que recibió en el acto de manos del Síndico el precio acordado y algo más, según la certificación presentada por el contestante, referente al libramiento de 700 pesetas de que se ha hecho mérito; que así quedaron zanjadas todas las cuestiones relativas al apremio y venta de fincas de Sáez y su posible indemnización por el Ayuntamiento, con ventaja para aquél y en perjuicio del último,

que por benevolencia entregó el precio de las fincas retrovendidas sin que se verificara antes la liquidación general de cuentas que previno en su núm. 2.º de la parte dispositiva la Real orden de 13 de Junio de 1893; que Espert no era Secretario del Ayuntamiento de Alginet al tiempo de la subasta, y por ello la aludida Real orden no decía ni podía decir esto en su séptimo resultando; que no alcanzaba el demandado el criterio seguido por el actor para reclamar en concepto de daños y perjuicios los frutos de la finca rústica que arrendó Espert desde 1.º de Noviembre de 1894, y no desde 20 de Diciembre de 1891, en que fué vendida, ni tampoco, porque no los limitaba, al 7 de Mayo de 1895, en que la finca fué á poder de la hija de Sáez, por convenir así á éste: daños y perjuicios que quedaron transigidos en la escritura otorgada con este objeto en la fecha últimamente citada; que ningún gasto había tenido Sáez en el Ayuntamiento de Alginet con motivo del recurso que interpuso, que no había sido más que uno, como una había sido la alzada, cuyos gastos, sin ser cuantiosos, como voluntarios no eran nunca de cargo y cuenta del Ayuntamiento; que también eran voluntarios, inmotivados é innecesarios los gastos de traslado de Sáez y su hija á esta corte, pues para seguir un recurso ante el Ministerio nada obligaba á realizar tal viaje, á hospedarse en una de las mejores fondas y á hacer desembolsos de dinero entre personas de influencia y valía, de cuyos conceptos, por tener carácter de denuncia de un delito de cohecho, interesaba se dedujese tanto de culpa para aquilatar responsabilidades; que las reservas de derechos á favor de Sáez, contenidas en la Real orden ministerial y en la sentencia del juicio seguido por Espert, no podían referirse al Ayuntamiento demandado, ni obligarle al resarcimiento de perjuicios; que si efectivamente el actor hubiese consignado las 2.051 pesetas y céntimos objeto del apremio, á reserva de reclamar contra éste, se hubiera evitado la mayor parte de los gastos y molestias que carga en su demanda á la cuenta de daños; que las 1.500 pesetas tomadas á préstamo de D. Vicente Furió para hacer con ellas frente al apremio—que luego no evitó—, ó las invirtió en los gastos y perjuicios del mismo apremio, en cuyo caso era injusto aspirar al cobro dos veces de una misma cosa, pretender aquella cantidad y estos daños, ó las consumió en atenciones personales, caso en el cual faltaba la razón para que se le indemnizase; que los hechos relativos á los contratos que se dice se vió obligada á celebrar Trinidad Sáez para hacer frente á los acreedores de su padre, el demandante, y á los compromisos de éste por consecuencia del apremio, eran la manifestación más elocuente de la mala fe que guiaba á Sáez, pues de todos los acreedores sólo cobró Furió, explicando lo consignado el motivo de que al transigirse el pleito contra Espert, se otorgase la venta á la Doña Trinidad, ó sea el deseo de continuar Sáez en su estado de insolvencia y poder entablar la demanda á que se contestaba:

Resultando que también el demandado expuso en su contestación: que los hechos relativos á la indemnización por gastos personales del actor se hallaban desautorizados por el mismo en los fundamentos de derecho, pues que tales gastos no se derivaban del apremio; que los préstamos detallados hechos al Sáez lo fueron antes del expediente de apremio, y el que le hizo D. León Buc, según el documento justificativo del mismo, lo fué para que atendiera aquél á sus urgencias y no para satisfacer gastos del juicio de menor cuantía; que el justiprecio y medida de las fincas vendidas por el apremio, circunstancias desconocidas para el que contestaba, no podían ejercer influencia en el debate, pues Sáez pudo evitar los perjuicios alegados con este motivo, consignando la cantidad que se le reclamó, aparte de que habiendo vuelto las fincas á su poder ó

al de su hija, que era lo mismo, sin que tuviera que hacer desembolso alguno, pues el precio entregado lo satisfizo el Ayuntamiento de Alginet, no había existido ningún perjuicio; que los hechos del pago de las costas tasadas no se justificaban con indicar la tasación ni con la afirmación del actor, y, por tanto, que así esta partida como el préstamo de Buc no estaba justificado fueran daños que emanasen directamente del apremio, y por tanto de abono; que no era de extrañar que el insolvente Sáez pidiese 10.000 pesetas por perjuicios y gastos del pleito de que se trata, cuando también reclamaba indemnización por los gastos que hizo su hija Trinidad Sáez para obtener una copia simple de escritura aportada á los autos; que las fincas de que el Ayuntamiento privó á Sáez por el apremio valían sólo 650 pesetas 39 céntimos, ya que esta suma fué la ofrecida por ellas en pública subasta, y la que entregó dicha Corporación para que volvieran á su poder ó al de su hija, habiendo tenido que hacer un imposible el demandante, según él mismo confesaba, para hacer llegar á 50.000 pesetas los daños y perjuicios que se le irrogaron por aquella primitiva venta; y, finalmente, que era cierto que el Ayuntamiento de Alginet obró dentro de la esfera de sus atribuciones, como también que se había intentado contra él acto de conciliación no requerido contra las Corporaciones municipales, dejando en cambio de intentarse y apurarse en todos sus recursos la vía gubernativa, como se requiere en tales casos; y después de alegar los fundamentos legales que creyó aplicables á su derecho, concluyó solicitando que se mandase sacar tanto de culpa para esclarecer el hecho que bajo los caracteres de delito de cohecho se refería por el actor, aquilatar responsabilidades é imponer penas á los autores del delito, y en su día que se desestimase la demanda, con costas al actor, condenándole á perpetuo silencio:

Resultando que evacuados por las partes los traslados de réplica y dúplica, en cuyos escritos adicionaron los hechos y fundamentos de derecho sin alterar esencialmente los términos del debate, é insistieron en sus respectivas solicitudes, se recibieron los autos á prueba, practicándose la documental, testifical, de absolución de posiciones y de cotejo de documentos, y al formular conclusiones, trámite utilizado sólo por el actor, solicitó éste se tuviera presente al proferir sentencia que las 50.000 pesetas, antes más que menos, consignadas en la súplica de la demanda, lo habían sido sólo con objeto de determinar la cuantía de la cosa litigiosa y regular la del papel sellado, por considerar que la cantidad respectiva á la estimación de los daños y perjuicios que se reclaman habrán de determinarse con arreglo á la ley procesal y en trámite de ejecución de sentencia; y que se condenase expresamente al Ayuntamiento de Alginet al pago de todas las costas, ó en el importe de éstas con el caráctar de indemnización:

Resultando que el Juzgado de Carlet—ya restablecido—para mejor proveer acordó el justiprecio de las fincas, siéndolo únicamente la rústica, que la apreció un solo perito en la cantidad de 20 pesetas por hanegada, y dictó sentencia en 28 de Agosto de 1897, declarando que el Ayuntamiento de Alginet no viene obligado á devolver al actor Sáez Alcover la posesión y propiedad de las fincas que este último reclama, ni á abonarle los frutos y rentas de las mismas, ni se halla en obligación de satisfacer los diversos daños y perjuicios que decía el mismo que se le irrogaron, ni los ocasionados en los pleitos que se le siguieron en Carlet, Alcira y Valencia, ni los gastos de viaje á las mencionadas poblaciones y Madrid, ni el importe de los disgustos, gastos de enfermedad que sufrió, ni cantidad alguna por estos conceptos, ni se da lugar á hacer la declaración de nulidad de las escrituras de venta otorgadas á fa-

vor de Doña Trinidad Sáez de los bienes á que se alude, ni de la de arrendamiento de José Cholvi; y en su consecuencia, absolvió y absuelve al Ayuntamiento demandado, con imposición de perpetuo silencio sobre estos particulares al demandante; é interpuesta por éste apelación y tramitado el recurso, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Valencia confirmó dicho fallo en otra sentencia de 12 de Junio último:

Resultando que D. Vicente Sáez Alvocer ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, comprendido en el núm. 1.° del art. 1689, y en los casos 1.°, 2.°, 3.°, 4.° y 7.° del 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando los siguientes motivos:

Primero. El art. 1973 del Código civil y la doctrina que, sancionándolo, ha establecido este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, en cuanto el fallo recurrido confirma el del inferior y estima la prescripción de acciones, puesto que el recurrente, según consta documentalmente acreditado en autos, no dejó de practicar gestiones en reclamación de sus derechos desde que se dictó la Real orden de 13 de Junio de 1893, con objeto de que se cumpliera en todas sus partes lo ordenado en la misma, cuyos derechos reconoció el Ayuntamiento de Alginet en el expediente que instruyó para su estricto cumplimiento:

Segundo. Falta de congruencia entre el fallo recurrido y las peticiones aducidas por las partes, porque el Ayuntamiento demandado alega la prescripción de dos años, invocando el art. 18 de la ley de Contabilidad de 1870 y otras disposiciones administrativas, siendo en tal concepto discutida por los litigantes en el período oportuno del juicio; y la Sala sentenciadora, al confirmar el fallo del inferior, aplica y apoya la prescripción en el caso 2.° del art. 1968 del Código civil, en relación con el 1966, que fijan el término ó plazo de un año para prescribir las acciones que nacen de la culpa ó negligencia, conforme á los arts. 1089 y 1093 de dicho cuerpo legal; en cuyo concepto se ha infringido la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, y el principio axiomático en derecho de «que no es permitido en materia civil corregir de oficio pretensiones ni excepciones de las partes que éstas no hubiesen formulado en tiempo y forma, traspasando los límites de su competencia»; confirmándolo, entre otras, las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1889, 7 de Julio de 1891, 13 de Octubre de 1895, 10 de Octubre de 1896 y 19 de Noviembre de 1897, y los arts. 359, 361 y 542 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Tercero. Haber infringido la Sala sentenciadora la enunciada jurisprudencia y el art. 542 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto la sentencia admite en el sexto considerando la falta de acción en el recurrente para reclamar al Ayuntamiento de Alginet los daños y perjuicios que éste le causó con motivo del procedimiento de apremio altamente arbitrario, falta de acción que como excepción perentoria tampoco ha sido alegada en el pleito por ninguna de las partes, ni motivo de discusión en el mismo; infringiéndose, por lo tanto, bajo estos dos conceptos, la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª; el art. 359 de la ley procesal; la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 14 de Febrero de 1881, 27 de Junio de 1891, 16 de Enero de 1896, 21 de Enero de 1893 y 31 de Octubre de 1895, y todos los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil comprendidos desde el 524 hasta el 670 y sus concordantes, que determinan las condiciones especiales del juicio ordinario de mayor cuantía, las obligaciones del demandante y demandado, y en suma, lo más sustancial del procedimiento:

Cuarto. Al confirmar la Sala el fallo del inferior, en el que, entre otros de sus fundamentos, se consigna «que el Sáez no tiene acción ó derecho para deducir su reclamación de daños y perjuicios contra la en-

tidad Municipio, sino que debió dirigirla contra el Alcalde y Concejales que decretaron el procedimiento de apremio contra los bienes del mismo», ha infringido con notoriedad la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1890 y lo resuelto por el mismo en competencia de 17 de Julio de 1880, que establece «que las reclamaciones de carácter puramente civil contra los acuerdos de los Ayuntamientos deben deducirse, con arreglo al art. 172 de la ley Municipal, ante el Juzgado competente, mediante demanda»; los arts. 359 y párrafos 1.°, 2.° y 3.° del 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establecen «la necesidad de que haya una perfecta relación entre la sentencia y la demanda», y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en multitud de fallos, y singularmente en los de 5 de Junio y 26 de Diciembre de 1860, en que se declara «que aquéllos deben de ser conformes no sólo á la cosa que contienden las partes, sino también á la manera en que facen la demanda y el averiguamiento ó prueba que es fecho sobre ello, debiendo circunscribirse los fallos á las reclamaciones oportunamente hechas, y atendiendo cuidadosamente á lo que se ha pedido y á la forma ó modo en que se ha hecho:

Quinto. Infracción de la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª; los arts. 359 y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 16 de Marzo de 1883, 9 de Diciembre de 1893 y 7 de Febrero de 1898, en cuanto la sentencia recurrida no contiene declaración alguna respecto á la *lesión enormísima* de las dos fincas del recurrente vendidas en pública licitación á consecuencia del procedimiento de apremio, á pesar de haber sido ésta una de las cuestiones debatidas en el pleito con mayor empeño; consignándose también en la demanda la nulidad de la enajenación, por constar que el adquirente ó comprador D. Salvador Espert era Secretario del Ayuntamiento de Alginet cuando éste llevó á efecto la venta en pública subasta:

Sexto. Infracción de los arts. 359 y caso 4.° del 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1895, en cuanto la sentencia recurrida adolece de falta de precisión y claridad y contiene disposiciones contradictorias, porque tratándose, según el considerando segundo, de llevar á cumplido efecto lo mandado por el Ministerio de la Gobernación en Real orden de 13 de Junio de 1893, que declaró nulo el procedimiento de apremio y reservó al recurrente el derecho á reclamar los daños y perjuicios sufridos á consecuencia del mismo, palmariamente se contradice el juzgador al resolver en los demás considerandos la validez de la venta de los bienes embargados por dicho Municipio á D. Vicente Sáez, y que éste carece de acción ó derecho para reclamar de aquel Ayuntamiento ante los Tribunales ordinarios la indemnización de los expresados daños, y que había prescrito la acción para deducir la reclamación de los mismos:

Séptimo. Error de hecho y de derecho, con infracción de las leyes 111 y 114, tít. 18, Partida 3.ª; del art. 1218 del Código civil; de los 578, 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento, y de las sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1868, 6 de Octubre de 1874 y 23 de Junio de 1893, en cuanto la Sala sentenciadora estima probado que el Síndico del Ayuntamiento entregó al recurrente la suma de 700 pesetas como precio de las dos fincas que le fueron enajenadas, siendo así que de las escrituras de venta y transacción de derechos de 7 de Mayo de 1895 y de la carta de pago y cancelación de hipoteca de 31 de Octubre de igual año consta todo lo contrario, siendo además claras y terminantes las reservas que en favor del recurrente se contienen en la *cláusula quinta* de la segunda de dichas escrituras:

Octavo. Infracción de los arts. 1902 y 1903 del Código civil, y las reglas 2.ª y 3.ª, tít. 15, Partida 7.ª, y la del derecho, 21, tít. 34, de la misma Partida, porque la Sala en su sentencia absuelve al Ayuntamiento de Alginet, que fué el causante de los daños originados al recurrente mandando incoar un procedimiento arbitrario que declaró nula en todos sus efectos la Real orden de 13 de Junio de 1893, habiendo reconocido el propio Ayuntamiento y obligádose á indemnizar y ejecutar la Real orden; y

Noveno. Que según los fallos de este Tribunal Supremo de 24 y 25 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1896, es procedente el recurso de casación contra los considerandos de las sentencias cuando aquéllos constituyen la premisa obligada de su parte dispositiva, ó, lo que es lo mismo, cuando son la causa determinante de la solución adoptada en la sentencia; y como esto es lo que en el caso actual sucede, de aquí la necesidad legal y precisa de tener que impugnar en casación y en el presente recurso los fundamentos ó considerandos del fallo recurrido.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que carece de fundamento el primer motivo del recurso y la infracción que se alega del art. 1963 del Código civil, porque apoyándose en un hecho contrario al que la sentencia afirma por el resultado de las pruebas practicadas en el juicio, no se impugna la apreciación que de éstas hizo la Sala sentenciadora de la manera especial que exige el núm. 7.° del art. 1692 de la ley procesal, y ha de prevalecer en casación el hecho reconocido como cierto por el Tribunal *à quo:*

Considerando que aun en el supuesto de que fueran de estimar los motivos de incongruencia que por diferentes conceptos se atribuyen á la sentencia, señalados en los números 2.° al 6.° del recurso, serían de todo punto ineficaces para producir la casación del fallo reclamado; porque la Sala sentenciadora se funda además en otras consideraciones legales de aquellas en que se pretende establecer la incongruencia, consistentes en que es improcedente por su imposible cumplimiento la condena al Ayuntamiento á la devolución de fincas que no tenía en su poder, y que semejante declaración llevaría consigo la pérdida de un derecho al comprador que no había litigado, cuyo fundamento hay que extender á la demanda de frutos y á la cuenta de la rescisión del contrato por lesión enormísima; en que por el conjunto de las pruebas que se enumeran en la sentencia se comprueba la entrega de 700 pesetas á Sáez, como precio de las fincas que le vendieron, cuyo hecho y el de haber acudido, en unión del Ayuntamiento, en demanda de que la retroventa se otorgase, implica, según el art. 1311 del Código civil, el reconocimiento y confirmación tácita del primitivo contrato, que extingue, según el 1309, la acción de nulidad pretendida, cayendo por su base la demanda; en que por idénticas razones no es de estimar la demanda en cuanto al abono de los gastos causados en los pleitos que siguió el actor, los de los viajes que hizo y el importe de los disgustos y gastos que padeció, los cuáles ni fueron necesarios los unos ni directamente ocasionados otros por el expediente administrativo de apremio, sino que antes bien los contrajo voluntariamente pudiendo evitarlos, ni son indemnizables los disgustos, ni se había justificado que la enfermedad que padeció fuese producida por la venta de sus bienes, requisitos indispensables para que pudiera prosperar la demanda en lo que á estos particulares se refiere; y por último, en que no cabe resolver la nulidad de unos contratos sin oir á los que fueron parte en ellos; y es por lo tanto evidente que teniendo que subsistir dicha sentencia por los fundamentos en que descansa el fallo reclamado, y á los cuales no alcanzan los motivos de in-

congruencia alegados, carecen éstos de la eficacia necesaria para producir la casación pretendida; y que esto supuesto, cae también por su base la infracción que se alega en el motivo octavo del recurso respecto á los arts. 1902 y 1903 del Código civil, que establecen la obligación de reparar el daño causado por acción ú omisión interviniendo culpa ó negligencia:

Considerando que no es de estimar el error de hecho y de derecho atribuído á la sentencia en el motivo séptimo, porque la Sala sentenciadora no ha desconocido el valor y eficacia probatoria de los documentos en que el supuesto error se funda, ni ha infringido las disposiciones legales que se citan y se refieren á los instrumentos públicos, sino que combinando lo que de ellos resulta con otros documentos y pruebas, estima la certeza del hecho á que el motivo alude:

Considerando, por último, que no cabe estimar como motivo de casación el noveno y último del recurso, porque no atribuye á la sentencia infracción alguna de ley ó doctrina legal, y se limita á justificar el sistema empleado para combatirla por los fundamentos en que se apoya esta resolución judicial;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Vicente Sáez Alcover, á quien condenamos al pago de las costas, y si viniese á mejor fortuna, al de la cantidad que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará en dicho caso la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia territorial de Valencia la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario.

Madrid 11 de Marzo de 1899.=Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 96.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Marzo, pub. el 29.

Casación por infracción de ley.—*Mejor derecho á la sucesión en un título nobiliario.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña María de la Concepción Wall contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña María Luisa Wall.

En sus considerandos se establece:

Que en la sucesión en los títulos de Castilla y dignidades á ellos anejas debe observarse la regla especial de la concesión:

Que para determinar la sucesión en los mayorazgos ha de atenderse en primer término á la voluntad del fundador, cuyas disposiciones, siendo lícitas y honestas, deben ser rigurosamente cumplidas, aunque contengan llamamientos especiales, en su totalidad distintos á los establecidos para la sucesión á la Corona en la ley 2.ª, tít. 15, Partida 2.ª, y de los fijados en la ley 40 de Toro, según la

cual debe guardarse la voluntad del que primeramente instituyó y ordenó el mayorazgo:

Que en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1866 se determina que en la sucesión de los títulos de Castilla debe estarse á las reglas generales establecidas para la de las vinculaciones regulares, cuando expresamente no se prevenga otra cosa.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta capital y la Sala segunda de lo civil del Tribunal Supremo del territorio por Doña María Luisa Wall y Alfonso de Sousa, Marquesa de Torremanzanal, de esta vecindad, contra Doña María de la Concepción Wall y Diago, asistida de su marido D. Juan Bautista Castillejo y Sánchez de Teruel, Conde de Floridablanca y de Villa Amena de Corbijar, propietario, vecino también de esta población, sobre mejor derecho á la sucesión en el Marquesado de Guadalcázar; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infraccion de ley, que ha interpuesto la parte demandada, representada por el Procurador D. Gregorio Fernández Voces y defendida por el Licenciado D. Luis Díaz Cobeña; estándolo la parte recurrida por el Procurador D. Fidel Serrano y Pérez y el Letrado D. Germán Gamazo:

Resultando que en testamento otorgado en la ciudad de Córdoba el 24 de Diciembre de 1409, D. Lope Gutiérrez, Alcalde mayor de aquella ciudad, fundó á favor de su hijo mayor varón, D. Martín Alfonso, un mayorazgo, que dotó con varios bienes, expresando en una de las cláusulas: «E mándole más al dicho Martin Alfonso, mi fixo, la mia aldea de Guadalcázar, con todos sus términos y con la justicia civil y criminal, y con el forno de pan cozer que en ella está, con todas las mercedes que los Reies me ficieron con la dicha aldea y para ella, y con la dehesa y tierra que yo hé, que dicen de Guadalcázar, que compré de herederos de Alfonso Sanchez y de otras personas cualesquier, que alindan con las dichas tierras y término de la dicha aldea de Guadalcázar y con tierras de Alfonso Díez Camarero y con los montes del Acebuchar y con tierra de la Fuente Cumerta; é mándole más al dicho Martin Alfonso, todas las tierras que yo compré de herederos de García Alfonso, que es agora término de dicha aldea de Guadalcázar; é mándole más á dicho Martin Alfonso, todas las tierras y cortijos que yo compré de la mujer de Pedro Gomez de Morillo, que es agora en término de dicho Guadalcázar; é mándole más al dicho Martin Alfonso, mi fixo, cinco yubadas de tierra, que son en el cortijo que dicen de Iniesta-Martin, que a linderos tierra de dicho cortijo de Iniesta-Martin, y tierras de mi el dicho Lope Gutierrez, que dicen de cortijo Nuevo y el Masegoso Maior; é mando al dicho Martin Alfonso, mi fixo, seis yubadas de tierra que yo tengo acerca de la dicha aldea de Guadalcázar, que a linderos tierras del término de dicho Guadalcázar y tierras del cortijo que dicen de D. Fernando y tierras del cortijo que dicen del Alamo»:

Resultando que después de numerarse en el mencionado testamento todos los bienes que debían constituir la dotación del mayorazgo y de establecerse el carácter vincular que debía tener, se añadió: «Estas mandas de bienes de suso contenidas que yo así fago en la manera sobredicha, é que las aia el más propincuo pariente mio de mi linaxe que sea lexítimo y varon, todavia con la dicha condicion que los dichos bienes nunca serán vendidos, ni trocados, ni empeñados, ni enaxenados, ni partidos en ninguna ni alguna manera, y con tal condición fago estas dichas mandas; que despues que el dicho Martin Alfonso finare ó fallesciere, que

los aian los dichos bienes y los herede su fixo el dicho Martin Alfonso, el maior, que sea lexítimo y varon, y non lexitimado, é si por abentura el dicho su fixo lexítimo varon maior fallesciere sin haver fixo lexítimo y non lexitimado heredero maior varon, mando que aia estos dichos mis bienes de las dichas mandas de suso contenidas el otro su hermano siguiente, fixo del dicho Martin Alfonso, todavia que lo aia el fixo varon maior é que sea lexítimo é non lexitimado, como dicho es; é que si el fixo varon maior del dicho Martin Alfonso mi fixo fuere clérigo ó de orden sacra ó de religion, que non aia las dichas mandas el maior; é que todavia vaian mandas y aian los bienes de ellas, los de la linea derecha del dicho Martin Alfonso mi fixo mientra oviere fixos lexítimos varones de él y de los sus descendientes, el maior por la via y manera y con las condiciones sobredichas; y si por abentura fallesciese el dicho Martin Alfonso sin haver dexado fixos varones lexítimos de él y de sus descendientes por la linea derecha, como dicho es, mando que aia y herede los bienes de estas dichas mandas que yo fago al dicho Martin Alfonso Garcia Fernandez mi fixo, su hermano, y con las condiciones sobredichas, é fallesciendo el dicho Garcia Fernandez mi fixo, mando que aia las dichas mandas su fixo maior varon lexítimo y non lexitimado, como dicho es, y con las condiciones sobredichas; é fallesciendo los dichos fixos varones del dicho Garcia Fernandez y sus descendientes por la linea derecha sin haver los dichos fixos lexítimos varones que sean sus herederos, mando que tornen estas dichas mandas que yo aquí fago, como dicho es, á Alfonso Fernandez mi fixo, é despues de él á su fixo varon maior y lexítimo y non lexitimado, como dicho es, en la manera y con las condiciones sobredichas; é si por abentura fallesciese el dicho Alfonso Fernandez mi fixo sin haver los tales fixos lexítimos varones en la manera que dicha es, mando que tornen estos dichos bienes de estas dichas mandas y las aia María Alfonso, mi fixa, con tal condición que se traiga su marido las mismas armas derechas, así como las yo traigo, é despues de ella que lo herede su fixo maior varon, con la condición sobredicha que traiga las mismas armas derechas; é si por abentura fallesciese el dicho su fixo lexítimo varon y non lexitimado, mando que lo aia el otro su hermano, fixo de la dicha María Alfonso, mi fixa, é que sea varon el maior con las condiciones sobredichas; é si por abentura fallesciesen todos los fixos de la dicha María Alfonso y sus descendientes sin dexar fixos varones lexítimos y non lexitimados, como dicho es, mando que los aia y torne estas dichas mandas de los bienes dichos á su fixa del dicho Martin Alfonso, mi fixo, la maior, é despues de ella que lo aia su fixo maior si lo oviese; é si por abentura fallesciere sin haver fixos varones, mando que lo aian las otras sus hermanas, todavia la maior, de grado en grado, fasta la menor; en tal manera que esta manda de bienes que yo así fago de todas estas sobredichas heredades que nunca sean partidos ni se puedan partir, ni vender, ni enajenar, si non que todavia sean juntas todas las dichas heredades, como dicho es, é que las aia uno en pos de otro, segun las condiciones sobredichas»:

Resultando que continuó el D. Lope Gutiérrez diciendo en la enunciada cláusula de su testamento: «é fallesciendo todos estos fixos y fixas y nietos y nietas y sus descendientes de la línea derecha del dicho Martín Alfonso, lo que Dios non quiera, mando que los aia y herede la fixa maior de dicho García Fernández sin haber fixos lexítimos, mando que lo aian los otros sus hermanos, todavia que lo aia y herede la maior segun y con las condiciones sobredichas, é fallesciendo los dichos fixos é fixas y nietos y nietas del dicho García Fernandez de su línea derecha,

lo que Dios non quiera, mando que lo aia y lo herede la fixa maior del dicho Alfonso Fernández mi fixo, é fallesciendo la su fixa maior, sin haver fixos lexítimos, mando que lo aian las otras sus fixas, todavía que lo aian y herede la maior, según las condiciones sobredichas, y fallesciendo los dichos fixos é fixas y nietos y nietas del dicho Alfonso Fernández de su línea derecha, lo que Dios non quiera, mando que lo aia y lo herede la fixa maior de la dicha María Alfonso, mi fixa, é si fallesciere sin haber fixos lexítimos herederos, mando que lo aian las otras sus fixas, é así de grado en grado, todavía la maior fixa á la menor, é si por abentura fallesciesen sus fixos ó fixas y nietos y nietas de la dicha María Alfonso, mi fixa, de su línea derecha, lo que Dios non quiera, é acaesciese que de todos mis fixos y de mis nietos y de los mis descendientes de la línea derecha de mi y de Inés García mi mujer non oviese fixo ni fixa ni otros descendientes de la mi línea derecha, como dicho es, mando que herede estas dichas mandas, de mis bienes sobredichos, Diego Alonso, mi sobrino, fixo de Diego Alonso, mi hermano, é si el dicho Diego Alonso fallesciere sin haber fixo lexítimo que sea varon maior y non lexitimado, que aia y herede los dichos bienes de las dichas mandas Aldonza López, mi sobrina, hermana de dicho Diego Alfonso, é después de la muerte de ella que lo aia su fixo de ella que sea varon el maior, é si el tal su fixo fallesciere, sin haber fixo varon lexítimo y non lexitimado, que aia estos dichos bienes de estas mandas Diego Gutierrez de los Rios, mi sobrino, fixo de Diego Gutierrez y de Inés Alfonso, mi hermano, é despues de la muerte dél, que lo aia su fixo lexítimo varon maior é que non sea lexitimado, é que si el dicho Diego Gutierrez finase sin dexar el tal fixo lexítimo y varon, como dicho es, que aia y herede los dichos bienes Juana García, mi sobrina, su hermana, y despues de ella sus descendientes, según las condiciones sobre dichas, é fallesciendo todos estos que dichos son, en la manera que dicha es, que aia los dichos bienes de las dichas mandas el mi pariente más propincuo de mi linaxe en tal manera y con tal condición que cualquier ome de mi linaxe que oviere, y heredase los bienes de estas dichas mandas, que traigan las dichas mis armas derechas, así como las yo traigo, él y los que de él descendiesen que ovieren los dichos bienes, é si mujer fuere la que oviere de haver y heredar los dichos bienes, por vía y forma sobredichas y los que de ella descendieren, otros cualesquier que los oviere y heredare, que el que con ella casare que traiga las dichas mis armas derechas, é si las non q[?] ie e traer las personas sobredichas ó cualquier de ellas, mando que non aian bienes algunos de estas dichas mandas é que los non aia él ni el que viniere después de él, magüer despues quisiere traer las dichas mis armas, é mando que estos dichos mis bienes de estas dichas mandas que yo así fago que lo non pueda haver nin ganar nin heredar ome ni mujer que sea de orden sacra nin de Religiosa, en ninguna ni alguna manera como dicho es»:

Resultando que siendo D. Diego de Córdoba poseedor del mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez, el Rey D. Felipe III, con fecha 28 de Enero de 1609, le otorgó la merced del título de Marqués de Guadalcázar, mediante carta, en la que se consigna: «Por hacer bien y merced á vos Don Diego de Córdoba, Caballero de la Orden de Santiago y por os más honrar y sublimar, tenemos por bien y es nuestra voluntad que ahora y de aquí adelante, perpetuamente y por siempre jamás, vos y los sucesores en vuestra casa y mayorazgo os podais llamar é intitular é se llamen y intitulen y os llamemos y intitulemos Marqués de Guadalcázar»; haciéndose el 23 de Abril de 1780 la concesión de grandeza de España de segunda clase para sí, sus hijos y sucesores en la casa de Gualdalcázar

á D. Pedro Alfonso de Sousa Portugal y Fernández del Campo, enviado extraordinario á las Cortes de Dinamarca y Suecia, poseedor entonces del susodicho Marquesado y del de Mejorada:

Resultando que seguido pleito por D. Félix López de Ayala, Conde de la Fuente Salida, D. Pedro Fernández de Córdoba y Aguilar, por sí y como padre de D. Pedro Miguel Fernández de Córdoba y Aguilar, y Don Fernando Fernández de Córdoba y Sande, contra D. Juan Alfonso Fernández de Córdoba, Conde de Arenales, sobre la sucesión en propiedad del mayorazgo y Estado de Guadalcázar, fundado en 24 de Diciembre de 1409 por Lope Gutiérrez, el Consejo de Castilla, en grado de segunda suplicación confirmó en 7 de Febrero de 1730 la sentencia de revista dictada por la Chancillería de Granada en 12 de Marzo de 1723, por la que se revocó la sentencia de vista y declaró al D. Juan Alfonso de Sousa, Conde de Arenales, como sucesor legítimo del referido Estado y mayorazgo, con sus agregados, título de Marqués de Guadalcázar y lo demás que le perteneciera:

Resultando que Doña María Luisa Wall y Alfonso de Sousa, Marquesa viuda de Torremanzanal, con fecha 17 de Abril de 1897 formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, de la que por reparto correspondió entender al Juzgado del distrito de la Audiencia de esta corte, con la pretensión de que se declarase que tenía mejor derecho que su sobrina Doña María de la Concepción Wall y Diago, Condesa de Armíldez de Toledo, para suceder en el título de Marqués de Guadalcázar, y en su consecuencia, se la condenara á abstenerse de usarlo y al pago de las costas del juicio:

Resultando que como fundamentos de la enunciada solicitud expuso la prenombrada demandante los hechos anteriormente relacionados, y añadió: haber permanecido el mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez en 24 de Diciembre de 1409, desde la sentencia del Consejo de Castilla de 7 de Febrero de 1730, en la casa de los Alfonso de Sousa, habiéndolo obtenido en este siglo D. Rafael Alfonso de Sousa, casado en primeras nupcias con Doña María Isidra de Guzmán, de cuyo matrimonio tuvo dos hijos, llamados D. Isidro y Doña Luisa Rafaela Alfonso de Sousa, madre ésta de la demandante y abuela de la demandada, y en segundas nupcias casó el D. Rafael con Doña Margarita de Godean, de cuyo matrimonio nació D. Fernando Alfonso de Sousa; haber sucedido á D. Rafael Alfonso de Sousa en el mayorazgo y título de Marqués de Guadalcázar el mayor de sus citados hijos, D. Isidro, quien se hallaba en posesión de ellos cuando se promulgaron las leyes desamortizadoras, y habiendo fallecido sin sucesión en 1870, pasaron el título y la mitad de bienes reservables, con el carácter de libres, á su hermano consanguíneo D. Fernando, el que murió, también sin sucesión, en 1891; haber fallecido igualmente la hermana de éstos, hija de D. Rafael Alfonso de Sousa, Doña Luisa Rafaela, en 1854, dejando cinco hijos; la demandante Doña María Luisa, D. Isidro, padre de la demandada, que murió en 1867; Doña Ramona, D. Santiago, que ha fallecido igualmente, y Doña Rosario Wall Alfonso de Sousa, la última de las cuales ha profesado en religión; y haber acudido, por hallarse vacante, á causa del fallecimiento de D. Fernando Alfonso de Sousa, el título de Marqués de Guadalcázar, al Ministerio de Gracia y Justicia, la demandante en 11 de Enero y la demandada en 6 de Febrero de 1893 en solicitud de que se les expidiera carta de sucesión en el Marquesado de Guadalcázar, acompañando á sus exposiciones las partidas y árboles genealógicos que acreditaban su grado de parentesco con el último poseedor, en vista de los cuales, por dicho Ministerio se expidió una Real orden al de Hacienda disponiendo

que, previo el pago del impuesto especial correspondiente á las sucesiones transversales y demás derechos, se expidiera Real carta de sucesion, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, en la grandeza de España y título de Marqués de Guadalcázar á favor de Doña María de la Concepción Wall y Diago, Condesa de Armíldez de Toledo:

Resultando que entre los fundamentos de derecho, invocó la demandante Doña María Luisa Wall y Alfonso de Sousa: el art. 13 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, que dejó subsistentes los títulos y prerrogativas de honor; el axioma elemental en materia vincular, de que la voluntad del fundador es la norma por que se rigen los llamamientos, debiendo cumplirse religiosamente las disposiciones lícitas y posibles dictadas por aquél, aunque se desvíen del orden establecido por las leyes del Reino para la sucesión á la Corona, pues así lo establece la ley 5.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación; y haberse concedido el Marquesado de Guadalcázar á D. Diego de Córdoba, poseedor del mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez para él y los sucesores en su casa y mayorazgo, y por consiguiente la sucesión en dicho título debía seguir el orden establecido por el fundador del mayorazgo para suceder en éste, el cual, según los llamamientos hechos en la fundación, tenía un carácter irregular y no admitía en las hembras el derecho de representación en que había fundado el suyo la demandada al solicitar la sucesión en el Marquesado de Guadalcázar, en representación de su padre, con preferencia á la demandante, que está en grado más próximo del último poseedor; y acompañó á la demanda, á más de certificación de haber intentado el acto conciliatorio prescrito por la ley, un testimonio con referencia á una carta ejecutoria librada por el Consejo de S. M. el 23 de Diciembre de 1732, y copia simple del titulo de concesión del Marquesado de Guadalcázar:

Resultando que Doña María de la Concepción Wall Diago Alfonso de Sousa contestó la demanda, con la solicitud de que se la absolviera de ella é impusieran las costas á la parte actora; sosteniendo al efecto, además de reconocer la certeza de los hechos en aquélla consignados, no negar tampoco que al otorgar el Rey D. Felipe III á D. Diego de Córdoba el título de Marqués de Guadalcázar, disfrutase aquél el mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez; pero esto no quería decir que no poseyese además otro alguno, siendo indiscutible que la cédula de concesión no mencionaba tal mayorazgo de Guadalcázar, por lo que no podía deducirse de la concesión que el título vaya á él adscrito y haya de regirse su sucesión por las reglas para el mismo establecidas; disponer el art. 11 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, que los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los entonces poseedores de vinculaciones disfrutasen como anejas á ellos, subsistirían en el mismo pie y seguirían el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación ú otros documentos de su procedencia, conforme á lo cual, lo primero que debía examinarse era la concesión del Marquesado de Guadalcázar, otorgado por D. Felipe III á D. Diego de Córdoba, y como en dicha concesión no se nombraba ni determinaba cuál fuese el Mayorazgo que poseía el agraciado, ni menos que fuese el fundado por Lope Gutiérrez, siendo además en materia vincular, principio fundamental, confirmado por sentencia de este Supremo Tribunal de 12 de Marzo de 1866, que toda duda debe resolverse en el sentido de la mayor regularidad, tomando por tal la de la sucesión á la Corona, es indudable que la concesión del título de Marqués de Guadalcázar constituye por sí sola el principal fundamento en favor de la demandada, ya que lo regular es que por derecho de representación ocupe el lugar de su

padre; establecer y declarar las leyes 40 de Toro, y 8.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, el derecho de representación, y que no se entienda estar excluídas las hembras de mejor línea y grado de la sucesión de los mayorazgos y vinculaciones, antes se admitan á ellas y se prefieran á los varones más remotos, anssi á los varones de hembras como á los varones de varones, si no fuese el caso que el fundador las excluyese y mandase que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisos, claros y evidentes que sean; y mandar y declarar igualmente la ley 9.ª del citado tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que la sucesión de los mayorazgos y vinculaciones se efectúa por representación de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas, en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los expresados mayorazgos, aunque la muerte haya sido antes de la institución de ellos, á no ser que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, de lo que deducía la demandada que aun admitiendo en hipótesis que la sucesión en el Marquesado de Guadalcázar hubiera de regirse por las reglas establecidas para la sucesión al mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez, desde el momento que ni en la fundación ni en la concesión se había prohibido el derecho de representación, existía éste:

Resultando que las partes en la réplica y dúplica insistieron en las alegaciones y pretensiones de sus anteriores escritos; y recibido el pleito á prueba, á instancia de la actora se puso testimonio de varios particulares de las exposiciones dirigidas por los litigantes al Ministerio de Gracia y Justicia y del expediente instruído, en consecuencia, para la adjudicación del Marquesado de Guadalcázar; dictando el Juzgado, después de los demás trámites, sentencia, por la que declaró que el título de Marqués de Guadalcázar, con grandeza de España de segunda clase, correspondía á Doña María Luisa Wall, Marquesa viuda de Torremanzanal, con preferencia á Doña María de la Concepción Wall y Diago, Condesa de Armíldez de Toledo, á la cual, por tanto, condenó á que se abstuviese de usarlo:

Resultando que apelada dicha sentencia por Doña María de la Concepción Wall y Diago, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, en 3 de Junio del próximo pasado año 1898, dictó otra declarando asimismo con mejor derecho al título de Marqués de Guadalcázar á la demandante Doña María Luisa Wall y Alfonso de Sousa, sin perjuicio de tercero, por encontrarse en grado preferente á la demandada respecto del fundador Lope Gutiérrez; en cuyos términos confirma la sentencia del inferior, imponiendo las costas de la alzada á la parte apelante:

Resultando que Doña María de la Concepción Wall Diago Alfonso de Sousa, Condesa de Armíldez de Toledo, ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido en la sentencia recurrida:

Primero. La doctrina jurídica, constantemente seguida en materia vincular, según la que toda duda que ocurra respecto de la naturaleza de un mayorazgo, debe resolverse en el sentido de su mayor regularidad, tomando por tal lo que para la sucesión de la Corona establece la ley 2.ª, tít. 15 de la Partida 2.ª; doctrina sancionada por la sentencia, entre otras de este Tribunal Supremo, de 12 de Marzo de 1866, según cuyo tenor, «en la sucesión de los títulos de Castilla debe estarse á las reglas generales establecidas para la de las vinculaciones regulares *cuando expre-*

samente no se determine otra cosa»; por cuanto no señalándose en la Real carta de concesión de título de Marqués de Guadalcázar el orden de suceder que había de observarse en el mismo, ni declarándose tampoco que dicho título fuese unido al mayorazgo fundado en 1409 por D. Lope Gutiérrez, y no constando siquiera que D. Diego de Córdoba, á quien le fué otorgado el referido título, sólo poseyese aquel mayorazgo, ha optado la Sala sentenciadora, sin embargo, por la mayor irregularidad, aplicando á la sucesión del título litigioso las reglas que para la del enunciado mayorazgo se establecen en el testamento del fundador:

Segundo. Las cláusulas de la misma fundación, ley especial á que, en el supuesto de ser aplicable al caso de autos, ha debido atenderse, en primer término, para resolver sobre el mejor derecho de las litigantes, las cuales interpreta erróneamente la Sala sentenciadora al suponer que dan siempre preferencia á la hembra de mejor grado, buscando nueva cabeza de línea, á falta de varones de la que le hubiere obtenido, lo cual, en concepto de la enunciada Sala, excluye el derecho de representación; siendo así que del tenor literal de las expresadas cláusulas aparece que, una vez admitida la sucesión de las hembras por falta de las cuatro líneas sucesivamente llamadas, sólo autoriza el pase de una de ellas á la siguiente cuando hubieren fallecido los *fixos é fixas* y nietos y nietas y sus descendientes, y esto, lejos de ser incompatible con el derecho de representación, lo autoriza evidentemente:

Tercero. La ley 40 de Toro; 5.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que ordena, como regla general, que en la sucesión de los mayorazgos se guarde y respete el derecho de representación de los descendientes á los ascendientes, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo; toda vez que la Sala sentenciadora niega á la recurrente el derecho de representar á su difunto padre D. Isidro Wall y Alfonso de Sousa, respecto á la sucesión del Marquesado de Guadalcázar, y estima, en su consecuencia, con derecho preferente, como más próxima en grado al último poseedor de dicho título, á Doña María Luisa Wall, hermana del D. Isidro y tía paterna de la demandada; y

Cuarto. La ley 9.ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, que reiterando las disposiciones de la 40 de Toro y aclarándolas para quitar ocasión á los pleitos á que su inteligencia venía dando lugar, manda que en las sucesiones de los mayorazgos se proceda por representación de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos y personas en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte hubiera ocurrido antes de la institución de ellos, y sólo consiente que no se suceda por representación, expresándolo clara y *literalmente,* «sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean»; puesto que la sentencia recurrida supone que no es aplicable dicha ley al caso de autos, por referirse sólo á los mayorazgos que se fundasen en lo sucesivo, cuando su mismo texto acredita que se dictó para las *sucesiones* que de allí adelante *se hiciesen,* así por ascendientes como por transversales ó extraños; y niega la repetidamente nombrada Sala el derecho de representación en la sucesión del mayorazgo fundado por Don Lope Gutiérrez, no porque éste exprese clara y literalmente que esa era su voluntad, puesto que no se cita ninguna frase concreta de su testamento que así lo determine, sino deduciéndolo de una serie de argumentos, deducciones y conjeturas, contra la prohibición terminante de la ley.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente de Piniés:

Considerando que en la sucesión en los títulos de Castilla y dignidades á ellos anejas debe observarse la regla especial de la concesión, y que hab en lo el de Marqués de Guadalcázar otorgádose por el Rey Don Felipe III en 1609 á D. Diego de Córdoba, poseedor del mayorazgo fundado por Lope Gutiérrez, con la cláusula «es nuestra voluntad que ahora y de aquí adelante perpetuamente y por siempre jamás, vos y los sucesores en vuestra casa y mayorazgo os podais llamar y intitular y se llamen y intitulen y os llamemos y intitulemos Marqués de Guadalcázar», sin que conste en la sentencia recurrida que D. Diego tuviera otro mayorazgo al cual la concesión del título pudiera referirse, y sí que en tal mayorazgo, sus agregados y título de Marqués de Guadalcázar con lo demás que le pertenecía, fué declarado sucesor legítimo D. Alfonso de Sousa por el Consejo de Castilla, es manifiesto que debe seguirse en la sucesión del dicho título el orden establecido en la escritura de fundación de mayorazgo de Lope Gutiérrez, á tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida por Real decreto de 30 de Agosto de 1836:

Considerando que para determinar la sucesión en los mayorazgos ha de atenderse en primer término á la voluntad del fundador, cuyas disposiciones, siendo lícitas y honestas, deben ser rigurosamente cumplidas, aunque contengan llamamientos especiales, en su totalidad distintos á los establecidos para la sucesión á la Corona en la ley 2.ª, tít. 15, Partida 2.ª, y de los fijados en la ley 40 de Toro, según la cual, debe guardarse la voluntad del que primeramente instituyó y ordenó el mayorazgo:

Considerando que el fundado por Lope Gutiérrez á favor de su hijo mayor Martín Alonso en testamento de 21 de Diciembre de 1409 es evidentemente irregular, ya que separándose del orden establecido en la citada ley de Partida, fundó al principio un mayorazgo de rigurosa agnación, después de agnación fingida en cabeza de María Alfonso, llamando, antes que á los sobrinos varones, á las hembras de las lineas rectas respectivas, y prefiriendo siempre y sin excepción la de mejor grado, ya para cabeza de dichas líneas, ya para suceder, de modo que la hija segunda hubiera de ser preferida á la nieta hija de la primera, como se observa en todos los llamamientos de las hijas de Martín Alonso y de las de sus hermanos y hermana, cuando ordenó que si la hija mayor de cada uno de éstos muriera sin hijos legítimos le sucediera, no la hija, y sí la hermana, sin que obste que se empleara sólo la palabra «hijos», sin añadir varones, como lo expresó en la cláusula relativa á la hija de Martín Alonso, por cuanto en los tres restantes no se usó genéricamente esa palabra sino en manifiesta contraposición á la de hijas, siguiendo el pensamiento que dominó en todos los llamamientos de la fundación:

Considerando que el fundador no modificó, antes bien confirmó estas expresas ordenaciones con las palabras «é fallesciendo todos estos fijos é fijas y nietos y nietas descendientes legítimos de la línea derecha del dicho Martín Alfonso, mando lo haya la hija mayor del dicho García Fernández», palabras reproducidas en los tres siguientes llamamientos, porque en tal cláusula se dispuso que se guardasen las condiciones sobredichas, y la única novedad introducida fué la admisión de las hembras, no sólo para cabezas de línea, sino para suceder, pero guardando siempre el orden irregular establecido por Lope Gutiérrez en los anteriores llamamientos, reproducido en el referente á la hija mayor de María Alfonso, al disponer que si aquélla muriera sin hijos legítimos, le sucedieran las otras sus hijas, y expresamente repetido en la línea colateral: caso este último, y del que ahora se trata, totalmente análogo á los de-

terminados por el testador cuando llamó para su caso y tiempo á los sobrinos Diego Alfonso y Diego Gutiérrez:

Considerando que, según lo expuesto, no ha sido infringida y sí entendida rectamente la doctrina legal á que se refiere el primer motivo del recurso; porque determinándose en la sentencia de este Tribunal de 12 de Marzo de 1866 que en la sucesión de los títulos de Castilla debe estarse á las reglas generales establecidas para la de las vinculaciones regulares cuando expresamente no se prevenga otra cosa, en tal excepción está comprendido el orden de suceder en el título de Marqués de Guadalcázar, el cual, á diferencia del caso mencionado en dicha sentencia, no fué concedido genéricamente á los sucesores del poseedor de la vinculación, sino á éste y á sus sucesores en la casa y mayorazgo que instituyó Lope Gutiérrez, vínculo manifiestamente irregular por voluntad del fundador:

Considerando que asimismo, y por las razones aducidas, especialmente en los considerandos tercero y cuarto, ha sido bien aplicada la ley de la fundación, invocada como segundo motivo del recurso, por cuanto la Sala sentenciadora se ha atenido estrictamente al orden de llamamientos establecido por Lope Gutiérrez, prefiriendo la sobrina carnal de mejor grado á la sobrina segunda, como ya en el testamento habíalo expresamente dispuesto el fundador respecto de sus sobrinos:

Considerando que tampoco ha sido infringida la ley 40 de Toro; 5.ª del tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, ni la 9.ª del mismo título y libro, ó sea la Pragmática de 5 de Abril de 1615, aducidas como tercero y cuarto motivos del recurso; la primera, porque de modo terminante está prohibido el derecho de representación al hacerse en todos los casos previstos en el vínculo llamamientos determinados y especiales que claramente la excluyen, y la segunda, porque atendidas las palabras «en la sucesión—no sucesiones—de los mayorazgos, vínculos, patronazgos y aniversarios que de aquí adelante se hicieren», no es aplicable al mayorazgo de que se trata, fundado, como se ha dicho, en 1409;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María de la Concepción Wall Diego Alfonso de Sousa, Condesa de Armíldez de Toledo, á la que condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Vicente de Piniés, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 11 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 97.—TRIBUNAL SUPREMO.—11 de Marzo, pub. el 4 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Intrusión en propiedad minera.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por D. José Angel de Camiruaga contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en pleito con D. Juan Dorda.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que los informes periciales son de libre apreciación de los Tribunales, según los arts. 632 y 659 de la ley procesal:

Que la contestación á la demanda no constituye el documento ó acto auténtico necesario para demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba, por formar parte de las actuaciones del pleito:

Que no es de estimar la infracción de los arts. 359 y 372 de la ley de Enjuiciamiento civil que se refieren á los números 2.° y 3.° del 1692, ó sea á la incongruencia, cuando el recurso se funda sólo en el núm. 7.° de este mismo artículo:

Que la absolución resuelve todo lo propuesto y discutido en el pleito:

Que no se da el recurso de casación contra los considerandos de las sentencias:

Que según reiterada jurisprudencia, no es admisible la impugnación del juicio de la Sala sobre un determinado medio de prueba, cuando aquélla apreció en conjunto todas las practicadas en el pleito.

Resultando que el Procurador D. Nicolás Gómez Moreno, en nombre y con poder de D. José Angel de Camiruaga y Pastor, como Presidente de la Sociedad especial minera denominada La Bilbaína, con domicilio en Bilbao, acudió en 29 de Julio de 1896 al Juzgado de primera instancia de Cartagena, exponiendo que la citada Sociedad se hallaba en el caso de demandar á la titulada Cartago para pedir en el respectivo juicio lo que á su derecho conviniera por haberse intrusado con las labores de su mina *Joaquina* en terrenos de la mina *Bilbao,* perteneciente á La Bilbaína, y que siendo necesario anticipar algunas diligencias de prueba de imposible práctica en el período correspondiente, puesto que estaban para ausentarse los testigos, en cuyas declaraciones consistían, solicitaba por ello se acordara el examen de dichos testigos, en evitación de los perjuicios que en otro caso se seguirían á dicha parte; y habiéndolo acordado así el Juzgado en providencia de 10 de Agosto, tuvo lugar la indicada información el 25 del mismo mes, con arreglo al interrogatorio presentado por la Sociedad actora y contrainterrogatorio presentado por parte de D. Juan Dorda Bofarull, como Presidente de la Sociedad Cartago, que se personó en los autos:

Resultando que previas estas diligencias, la misma Sociedad La Bilbaína, en 5 de Octubre del citado año 1896, dedujo ante el mismo Juzgado de Cartagena demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la Sociedad Cartago, y solicitó se la condenase á desalojar los espacios de la mina *Bilbao* y sus demasías, en la cual se ha intrusado con las labores de la mina *Joaquina*, de su propiedad, dejándolos á la libre disposición de la Sociedad demandante, que es á quien pertenecen; á que cierre las comunicaciones de dicha mina *Joaquina* desde los lindes de ésta con la *Bilbao;* á que restituya á la Sociedad La Bilbaína los mine-

rales que ha extraído furtivamente, y cuya cantidad exacta será conocida cuando desaloje los espacios ocupados con escombros, y á que pague los daños y perjuicios y las costas del juicio:

Resultando que en 2 de Diciembre, también de 1896, el Procurador D. Dionisio Martínez, en nombre del D. Juan Dorda Bofarull, como Presidente de la Sociedad Cartago, evacuó el traslado de contestación á la demanda, y solicitó se la absolviese de ella, con imposición de costas á la Sociedad actora:

Resultando que evacuados por ambas partes litigantes los traslados de réplica y dúplica, insistiendo en sus escritos en las pretensiones que cada uno tenía deducidas, se recibió el pleito á prueba, practicándose la propuesta por las Sociedades demandante y demandada, y previos los demás trámites legales, el Juzgado, en 17 de Enero de 1898, dictó sentencia de conformidad con lo pretendido en su demanda por la Sociedad La Bilbaina:

Resultando que interpuesta apelación por la Sociedad minera Cartago, y sustanciada en forma, la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Albacete, en sentencia de 10 de Noviembre último, revocó la del inferior, y en su lugar absolvió á D. Juan Dorda Bofarull, como Presidente de la Sociedad minera Cartago, de la demanda contra él interpuesta por D. José Angel de Camiruaga, como Presidente de la Sociedad de minas La Bilbaína, sin expresa condenación de costas:

Resultando que esta última Sociedad, y en su nombre el referido Presidente, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en el núm. 7.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero. En el considerando primero de la sentencia recurrida se falta á la regla de sana crítica que aconseja al juzgador que, para apreciar las cuestiones judiciales, se atenga á la verdadera resultancia de las pruebas, y como en dicho considerando se incurre en el error de hecho de omitir uno de los puntos esenciales de la controversia, al extractar el informe del Ingeniero oficial, resulta infringida la precitada regla;

Segundo. En el segundo considerando se incide en la misma infracción, siendo complemento de la anterior, y debiendo aplicarse para los efectos de casación el mismo motivo de sana crítica, infringiéndose además la sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1873, por cuanto la intrusión de que se trata la reconoció la parte demandada en sus escritos de contestación y dúplica, excusándose con la especie de que los trabajos que la determinan no son de explotación, sino de desagüe, según antiguos convenios, lo cual está desmentido por los tres Ingenieros que intervinieron en el período probatorio:

Tercero. En el tercer considerando se infringen los arts. 359 y 372 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que en él se expresa que la cuestión quedaba reducida á juzgar si la mina *Joaquina* realizó por la misma época anterior al 1890 otra intrusión en la *Bilbao*, alterándose en ella el verdadero concepto de la demanda que es reivindicatoria, fundado en haber detentado la Sociedad Cartago los espacios de la mina *Bilbao*, en que se intrusó en el caso de autos, con las labores de su mina *Joaquina*, llevándose furtivamente los minerales que los mismos contenían:

Cuarto. El cuarto considerando conspira contra la regla de sana crítica invocada, porque está en contradicción con lo que resulta del informe del Ingeniero oficial, que obra en autos, cambiando el verdadero concepto en daño de la Sociedad Bilbaina:

Quinto. El considerando quinto se desvía en sus errores de las re-

glas de la sana crítica invocadas, porque hace abstracción de que los Ingenieros particulares, concretando sus dictámenes, se atienen al informe del Ingeniero oficial en el último que emitieron en 30 de Abril de 1896; infringiendo también, al estimarlo, el asiento que en el libro de visitas de la Sociedad Cartago puso el Ingeniero de ella, puesto que ese asiento, como el libro en que lo hizo, no son más que documentos privados, cuyo valor regulan los arts. 1225 al 1230 del Código civil, que resultan infringidos, puesto que, para darles validez, no se ajustó la parte recurrida á lo dispuesto en los arts. 602 y siguientes al 609 de la ley de Enjuiciamiento civil, que también se infringen:

Sexto. El sexto considerando es una redundancia del quinto, y por lo tanto, le son aplicables los mismos motivos de casación que á éste:

Séptimo. El séptimo considerando infringe las mismas reglas de la sana crítica en el sentido de consignar lo contrario de lo que resulta consignado por los Ingenieros que en el término de prueba practicaron el reconocimiento de la intrusión; y como en él se incurre en el error de narrar la resultancia de ese juicio de un modo discordante con su tenor, no se ajusta á las reglas de la sana crítica, determinando infracción de derecho:

Octavo. Del mismo modo se infringe en el considerando octavo las reglas de la sana crítica invocadas, por cuanto entrañan error visible las manifestaciones que se atribuyen á los testigos de la parte recurrente; invocando en este motivo también como infringida, por mala aplicación ó por aplicación indebida, la doctrina legal sentada en las sentencias de este Supremo Tribunal de 28 de Marzo de 1885, 3 de Diciembre de 1861 y 28 de Marzo de 1870:

Noveno. En el considerando noveno se infringen las reglas de la sana crítica ya invocadas, los arts. 23 y núm. 3.º del 27 de la ley del Notariado, y los 660 al 666 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque las ligeras contradicciones que se notan en algún testigo no son referentes á extremos de importancia, ni sus declaraciones en los puntos más trascendentales son de mera referencia, sino de ciencia cierta, por haber visto y presenciado los hechos; siendo también erróneo el considerando de que se trata, al expresar que no es admisible la prueba de testigos como elemento principal para decidir la contienda, por ser en gran parte trabajadores de la Sociedad Bilbaína, á algunos de los cuales se refiere la tacha que por acta notarial intenta la parte demandada, y cuya acta no debió admitirse en los autos por no ser el medio establecido por la ley:

Décimo. El considerando décimo, al tener como ciertos los hechos que se refieren en los nueve anteriores, infringe asimismo las reglas de la sana crítica á que se acoge, por cuanto descansa en los errores que quedan anotados, y á la vez incurre en otro, referente á que las minas en cuestión se comunicaban de antiguo con sus labores, dándose lugar á intrusiones como la que fué objeto de la demanda que la Sociedad Cartago dirigió contra La Bilbaína, siendo ésta condenada; y

Décimoprimero. El considerando señalado con este número en el fallo recurrido infringe igualmente las reglas de la sana crítica, invocadas también por error de hecho, porque expresa que aun cuando la Sociedad Cartago reconoció las dos intrusiones comprendidas en la demanda de 1893, presentada por La Bilbaína, no implica esto el reconocimiento de la intrusión que dió lugar al presente juicio, por ser distintas de las otras:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso por lo tocante á los motivos primero, tercero, cuarto, sexto, séptimo,

octavo, noveno, décimo y décimoprimero, se ha traído á la vista, en cuanto á ellos y á los señalados con los números segundo y quinto, con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que los dos primeros motivos ó infracciones se refieren á supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, deducido de un informe del Ingeniero oficial y de la contestación á la demanda, error que se hace consistir en una omisión respecto del primero, y en cuanto á la segunda, en la inteligencia de si los trabajos eran de explotación ó desagüe, y como el informe pericial es de libre apreciación del Tribunal, y en cuanto á la contestación á la demanda, aparte de que no se contradice su contenido por lo estimado en la sentencia, tampoco constituye el documento ó acto auténtico necesario al efecto, por formar parte de las actuaciones de este pleito, evidentemente son inadmisibles estos dos motivos, con arreglo al núm. 9.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que las infracciones de los arts. 359 y 372, invocadas en el tercer motivo, se refieren á los números 2.º y 3.º del art. 1692 citado, ó sea á la incongruencia, no alegada aquí en forma, porque el recurso se funda sólo en el núm. 7.º de dicho artículo, siendo notorio que no existe tal incongruencia, toda vez que la absolución resuelve todo lo propuesto y discutido en el pleito; por lo que es también inadmisible este motivo, según el núm. 8.º del repetido art. 1729 de la ley procesal:

Considerando que los siguientes motivos, cuarto al décimoprimero, se refieren, como los anteriores, á impugnar las apreciaciones de pruebas hechas en los considerandos sobre las informaciones periciales y testificales, y como éstas son de libre apreciación del Tribunal sentenciador, según los arts. 632 y 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, evidentemente son inadmisibles dichos motivos, con arreglo al núm. 9.º del artículo 1729 citado, aparte de que no se da el recurso contra los considerandos de la sentencia, cual tiene declarado con repetición este Tribunal; y si bien se cita en el motivo quinto la infracción de los arts. 1225 al 1230 del Código civil al apreciar el asiento de un libro, como esta apreciación se ha hecho en conjunto con toda la demás prueba, no es admisible dicha impugnación en tal forma, según jurisprudencia reiterada;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. José Angel de Camiruaga y Pastor, como Presidente y mandatario de la Sociedad minera La Bilbaína, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia territorial de Albacete la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 11 de Marzo de 1899.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.=El Relator, Marcelino San Román.=Por el Escribano Montes, Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 98.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Marzo, pub. el 4 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Recusación.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Bernardo Portuondo contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña Irene Justiz.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que el interés que como causa legítima de recusación señala el caso 8.º del art. 189 de la ley de Enjuiciamiento civil, se entiende, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en aquellos pleitos cuya resolución afecte directa ó indirectamente los intereses ó derechos del Juez que entienda en el asunto ó puedan servir como precedente para resolver otro semejante en que se halle interesado; pero cualquiera que sea el efecto que las resoluciones judiciales produzcan á los derechos de las partes, en caso alguno constituye motivo de recusación, porque la misma ley tiene establecidos los medios adecuados para subsanar los errores cometidos en ellas, en el caso que existan.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta capital y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio, á solicitud de D. Bernardo Portuondo y Barceló, sobre recusación del Juez del del Hospital, D. Vicente Rodríguez Valdés y Campoamor, en las diligencias de ejecución de una sentencia dictada en autos de juicio declarativo de mayor cuantía sobre rendición de cuentas y otros extremos, promovidos contra el D. Bernardo y Doña Irene Justiz y Portuondo, por sí y como tutora de su hermano incapacitado D. Vicente, de quienes, así como de aquél, no constan la profesión y vecindad; cuyo incidente pende ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el D. Bernardo, representado por el Procurador Don Pedro Ramírez y González y defendido por el Licenciado D. Antonio Remis; estándolo la parte recurrida por el Procurador D. Lucio Alvarez y Rodríguez y el Letrado D. Raimundo Fernández Villaverde:

Resultando que seguido el pleito por Doña Irene Justiz y Portuondo, por sí y como tutora de su hermano incapacitado D. Vicente, contra Don Bernardo Portuondo y Barceló, sobre rendición de cuentas y otros extremos, el Juez de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte, D. Vicente Rodríguez Valdés y Campoamor, el 24 de Diciembre de 1896 dictó sentencia, condenando al D. Bernardo: primero, á restituir al D. Vicente Justiz y á su hermana Doña Irene los bienes que, como curador de los mismos, retenía en su poder y constaban en las adjudicaciones que les fueron hechas á la muerte de su padre D. Manuel y de sus hermanos D. Silvestre y D. Manuel Justiz, con excepción de la casa núm. 10 de la calle de San Félix de Santiago de Cuba, y deducción de las cantidades de que con autorización judicial hubiera dispuesto, y de la de 577 pesos 68 centavos, en lo que se refiere al peculio de Doña Irene Justiz, mediante la autorización de reintegro otorgada por ésta en cuenta de 31 de Diciembre de 1890; segundo, á rendir cuenta justificada á Don Vicente Justiz y Portuondo, ó á quien le representase, del producto de los bienes de aquél desde que quedó constituído bajo la curatela del Don Bernardo; tercero, á rendir cuenta con igual justificación á la Doña Irene Justiz y Portuondo de los frutos y rentas de sus bienes desde 1.º de Enero de 1891, con deducción de la parte correspondiente á la casa núm. 10 de la calle de San Félix de Santiago de Cuba y á los 578 pesos 68 centavos de que con autorización de aquélla pudo reintegrarse el demandado; cuarto, á rendir cuenta en la misma forma á cada uno de los dos hermanos D. Vicente y Doña Irene Justiz y Portuondo de las sumas que como bajas á justificar se consignaban en las respectivas particiones de D. Manuel Justiz del Castillo y D. Silvestre y D. Manuel Justiz y Portuondo, y de las cantidades del patrimonio de aquéllos, para cuya inversión fué judicialmente autorizado; y quinto, al pago de costas:

Resultando que en el período de ejecución de la sentencia enunciada, D. Bernardo Portuondo, con fecha 28 de Junio de 1897, presentó escrito en el susodicho Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte, con la pretensión de que se diera por recusado el Juez Don Vicente Rodríguez Valdés, por las causas 8.ª y 10.ª de las expresadas en el art. 189 de la ley de Enjuiciamiento civil; y en otro caso, se mandase formar la oportuna pieza separada:

Resultando que en apoyo de su pretensión expuso el D. Bernardo Portuondo, sustancialmente: haber formalizado en 9 de dicho mes de Junio en las mencionadas diligencias de ejecución de sentencia un incidente de previo y especial pronunciamiento, fundado en hechos, entre los cuales los había referentes á puntos litigiosos debatidos en el mismo pleito y no resueltos en el fallo, relacionados directamente con el ejercicio de las funciones que el prenombrado Juez había desempeñado, y que, si resultaren justificados, podían traer responsabilidades, que determinaban el Código y las leyes, que en aquél escrito invocó, siendo por ello de temer que dicho interés pudiera producir determinada dirección en lo relativo á la tramitación, cuyos efectos tiene todo titigante, por la ley, el derecho de prevenir y salvar; venir á aumentar el temor de que pudiera sobreponerse á la voluntad y rectitud del propio Juez la causa alegada como primera de recusación, el hecho de que el incidente mencionado fué admitido y mandado sustanciar por un Juez distinto del recusado, habiendo éste después reformado la providencia en que así se acordó, repeliendo tal incidente y negando su tramitación; y existir en autos muchos antecedentes coincidiendo con resoluciones del Juez en cuestiones de procedimientos contrarias á Portuondo, quien las creía arregladas á la ley, así como un extremado rigor, en la forma y en el fondo, de los acuerdos que le habían producido el recelo de ser objeto de prevención ó manifiesta enemistad, lo cual constituía la segunda causa de recusación:

Resultando que el Juez D. Vicente Rodríguez Valdés dictó auto denegando la recusación solicitada, por no ser cierto tuviera interés directo ni indirecto en el pleito, ni enemistad con D. Bernardo Portuondo; mandando, en consecuencia, se formara la oportuna pieza separada, que fué remitida al de igual clase del distrito de la Universidad; y dada vista á la representación de Doña Irene Justiz, la evacuó, solicitando se declare no haber lugar á la recusación, con las costas y la multa correspondiente á Portuondo, por no haberse alegado hechos concretos de que se derivasen los motivos de la misma, sino meras presunciones del recurrente:

Resultando que recibido el incidente á prueba, se testimoniaron, á instancia de D. Bernardo Portuondo, varios particulares del pleito principal, si bien no fué posible hacerlo por falta de tiempo de todos los que solicitó; y seguido por los trámites de dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, el 1.º de Febrero del próximo pasado año 1898, pronunció auto, por el que, con las costas de la alzada al apelante, se confirma el del Juzgado, que declaró no haber lugar á la recusación de D. Vicente Rodríguez Valdés, Juez de primera instancia del distrito del Hospital, propuesta por D. Bernardo Portuondo, á quien se condenó al pago de las costas del incidente y al de la multa de 50 pesetas, que hará efectivas en la forma correspondiente, sufriendo, en su caso, por vía de sustitución y apremio, la pena marcada en el art. 213 de la ley procesal:

Resultando que D. Bernardo Portuondo y Barceló ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la

ley de Enjuiciamiento civil, alegando la infracción del 189 de la misma ley, por aplicación indebida é interpretación errónea, puesto que propuesta la recusación en las actuaciones ó diligencias de ejecución de una sentencia no ajustada á los preceptos de las leyes de Partida, de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y de los arts. 359, 361, 372, número 4.º, y 544 de dicha ley de Enjuiciamiento, conformes en el principio de que «los fallos han de guardar congruencia con las demandas, absolviendo, condenando y declarando separadamente sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos que han sido objeto del pleito», era racional el temor del recurrente de que el Juez que dictó aquélla imprimiese á las actuaciones posteriores una dirección interesada, en el sentido de ahogar ó impedir que llegaran á tener las faltas de la sentencia efectos legales que tan gravemente pudieran perjudicarle, como ya lo hizo, reformando la providencia dictada por otro Juez que le había sustituído y admitió un incidente de previo pronunciamiento que promovió dicho recurrente, cuyo incidente repelió el recusado, que denegó su tramitación en términos de la mayor severidad; de lo cual se deduce, que al entender la Sala sentenciadora que aun existiendo un *interés* en el Juez como juzgador, y aun siendo tal *interés claro* y *notorio*, y no menos evidente su influencia en las determinaciones judiciales dictadas ó que se dictaren, de que depende el conocimiento y la prueba de infracciones graves y de responsabilidades consiguientes, no puede ser causa de recusación, por no ser un interés material, con relación á los litigantes y á la cosa que se litiga, interpreta erróneamente el citado art. 189 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece como octava causa legítima de recusación el tener interés directo ó indirecto en el pleito.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que el interés que como causa legítima de recusación señala el caso 8.º del art. 189 de la ley de Enjuiciamiento civil, se entiende, como tiene declarado este Supremo Tribunal, en aquellos pleitos cuya resolución afecte directa ó indirectamente los intereses ó derechos del Juez que entienda en el asunto ó puedan servir como precedente para resolver otro semejante en que se halle interesado; pero cualquiera que sea el efecto que las resoluciones judiciales produzcan á los derechos de las partes, en caso alguno constituye motivo de recusación, porque la misma ley tiene establecidos los medios adecuados para subsanar los errores cometidos en ellas, en el caso que existan, y por lo tanto, la Sala sentenciadora, al confirmar el auto denegatorio de la recusación pretendida, ha interpretado rectamente el art. 189, que como infringido se alega en el único motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Bernardo Portuondo y Barceló, á quien condenamos al pago de las costas, y si viniese á mejor fortuna, al de la cantidad de 1.000 pesetas, por razón de depósito, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte, devolviéndola los autos que tiene remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Pedro Lavín.=Rafael de Solís Liébana.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Su-

premo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 13 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 99.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Marzo, pub. el 4 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Entrega de bienes.*—Auto declarando no haber lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Guadalupe Lasso de la Vega contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, en pleito con D. Miguel Lasso de la Vega y otros.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que tanto los autos sobre embargo preventivo, como aquellos que tienen por objeto el aseguramiento de bienes litigiosos ó el de adoptar á instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste las medidas que fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayese, no son susceptibles del recurso de casación, porque carecen del concepto de sentencias definitivas, no ponen término al pleito ni hacen imposible su continuación; y siendo de esta clase la resolución reclamada, el recurso por infracción de ley contra ella interpuesto es de todo punto inadmisible, conforme á la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo y á lo terminantemente dispuesto en el núm. 3.º del artículo 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Resultando que D. Miguel Lasso de la Vega de Quintanilla de Madariaga y Melgarejo, Marqués de las Torres de la Pressa y Vizconde de Dos Fuentes, por su propio derecho y como padre y representante legal de los menores Doña María del Carmen, Doña Josefa, Doña Blanca, Doña María de Gracia y D. Andrés Lasso de la Vega de Quintanilla; Doña María del Rosario de Solís y Desmaisieres; D. Rafael Desmaisieres y Farina, Conde de Torralva, como tutor de sus sobrinos los menores Doña María Manuela, Doña María de Gracia, Doña María Blanca, D. Manuel y D. Pedro de Solís y Desmaisieres; D. Ricardo de Arjona y Medina, como tutor de los menores D. Antonio y D. Ricardo de Rojas y Solís, y D. Andrés Lasso de la Vega de Quintanilla de Madariaga y Melgarejo, Conde de Casa Galindo y Marqués de Cuba, por sí y como albacea partidor de los bienes quedados al fallecimiento de su hermano D. José Lorenzo, Marqués que fué de las Torres de la Pressa, y como administrador también de los bienes dejados por éste á sus menores sobrinos Don Antonio y D. Ricardo de Rojas y Solís, dedujeron demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de primera instancia de Carmona contra D. José Lasso de la Vega y Zayas y Doña Guadalupe Lasso de la Vega, Marquesa de Miranda, casada con D. Fausto Miranda Herraiz, sobre entrega de bienes quedados al fallecimiento de D. José Lorenzo Lasso de la Vega de Quintanilla de Madariaga y Melgarejo, Marqués que fué de las Torres de la Pressa y primer marido de la Doña Guadalupe, y otros extremos:

Resultando que en el segundo otrosí de la demanda antes citada se solicitó el aseguramiento de los bienes muebles, semovientes, inmuebles, frutos y alhajas que habían de ser objeto de la entrega; y habiéndose formado pieza separada, y expresado después con la debida claridad y

precisión los bienes cuyo secuestro se pretendía y las diligencias que para ello habían de practicarse, recayó auto en 22 de Marzo de 1897, acordando el secuestro y depósito de los aludidos bienes y mandando se llevase á efecto en la forma solicitada, cuyo acuerdo fué notificado á Doña Guadalupe Lasso de la Vega, sin que por ésta se entablara recurso de ninguna especie ni se formulara oposición:

Resultando que los demandantes, en escrito de 8 de Octubre de 1897, alegaron: que si bien el secuestro acordado había tenido efecto en cuanto á los inmuebles, no había podido realizarse en los frutos, en ciertas alhajas, ni en los semovientes adjudicados en propiedad condicional á la Marquesa de Miranda, y en su virtud, solicitaron se acordase la práctica de cuantas gestiones y diligencias fueran necesarias para que los predichos semovientes quedaran secuestrados, á lo cual accedió el Juzgado en providencia de 12 de dicho mes:

Resultando que en este día, y por los mismos demandantes, se presentó nuevo escrito, en el que, fundado en haber desaparecido los frutos y haberse vendido la mayor parte de los semovientes que habían de ser objeto del secuestro, solicitaron el embargo de bienes de Doña Guadalupe Lasso de la Vega y Zayas, bastantes á asegurar la cantidad de 97.477 pesetas 82 milésimas, importe de los expresados bienes, los intereses legales del valor de los fungibles reclamados en la demanda correspondientes al tiempo transcurrido desde que la demandada contrajo segundas nupcias, y los frutos debidos producir por los inmuebles desde la misma fecha hasta que quedaron á disposición del administrador judicial, á cuya solicitud accedió igualmente el Juzgado en auto de 14 también de Octubre de 1897:

Resultando que Doña Guadalupe Lasso de la Vega y Zayas, en escrito de 16 del propio Octubre, solicitó se repusieran los proveídos de 12 y 14 del mismo mes y año, dejándolos sin efecto y anulando lo en ellos acordado, y que tramitado el recurso con oposición de la parte actora, el Juzgado, por auto de 29 siguiente, reformó la providencia de 12, y reponiendo también el auto del 14, dejó sin efecto ambas resoluciones:

Resultando que los actores interpusieron apelación de este auto del 29, la cual, admitida por el Juzgado en un solo efecto, fué mejorada después por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, que en otro auto de 14 de Julio de 1898 revocó el apelado de 29 de Octubre, y declaró no haber lugar á reformar la providencia del 12 y auto del 14 del referido mes, cuyos proveídos declaró válidos y firmes, sin hacer expresa condena de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que Doña Guadalupe Lasso de la Vega y Zayas, representada por su esposo D. Fausto Miranda Herráiz, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, fundado en los siguientes motivos:

Primero. Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1399, 1412 y 1403 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues exigiendo el primero de ellos que al llevar á cabo el embargo se tenga presente la necesidad de fijar la cantidad de que éste deba responder, y no habiéndose fijado tal cantidad, ó habiéndose fijado mal, no cabe en modo alguno aplicar sin este requisito dicho art. 1399, ni pudo la Audiencia de Sevilla estimar procedente el embargo; falseando por su base el apoyo que á la resolución de 14 de Octubre de 1897 presta el art. 1403, no pudiendo tampoco sostenerse esta disposición con la ayuda del art. 1412, pues para que la parte recurrida pudiera pedir el embargo preventivo que solicitó, era de todo punto necesario que el deudor se hallase comprendido en al-

guno de los casos del art. 1400 de dicha ley procesal, lo que no ocurre en el caso de que se trata:

Segundo. Infracción también de los artículos 923, 932 y 935, inaplicables al caso, el primero de ellos por no haber podido decir la Audiencia, fundada en él, que contra las resoluciones judiciales de 12 y 14 de Octubre, dictadas para la ejecución de la de 22 de Marzo, no cabía recurso alguno, porque dicho art. 923 está subordinado á lo que disponen los siguientes, y el 935 ordena que cuando la liquidación á que se refiere el 932 sea presentada por el deudor, se dará traslado al acreedor por término de seis días, y si no hay conformidad, según el art. 937, se recibirá á prueba el incidente; es decir, que el 925 no pudo aplicarse ni subordinarlo á los artículos 935 y siguientes, y el auto recurrido, que lo aplica sin esa subordinación, infringe los preceptos legales citados:

Tercero. Infracción igualmente de los artículos 369, 932 y 935 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque si bien el auto de 22 de Marzo tiene el carácter de firme, no así los de 12 y 14 de Octubre, puesto que no fueron consentidos por la recurrente, cabiendo contra ellos el recurso que se intentó por no poder ser nadie condenado sin oirle, y comprendiendo el embargo acordado en estas últimas fechas, cosas bien diferentes de las del auto de 22 de Marzo, para variarse éste por aquéllos, era preciso oir al perjudicado; y de apreciarse que no existió tal variación, por tratarse en el de 22 de Marzo de cantidad ilíquida, debió darse traslado de la liquidación á las partes, requiriéndose en primer término á Doña Guadalupe, según disponen los artículos 932 y 935, ya citados, de la misma ley procesal; y

Cuarto. Infracción asimismo de los artículos 1428 y 377 de la ley procesal, en que el fallo recurrido se funda para negar que procediera recurso alguno contra los autos de 12 y 14 de Octubre, pronunciados en ejecución del de 22 de Marzo, para dictar el cual, el Juez debió fijarse en si el documento en que se apoyaba la petición de secuestro reunía los requisitos indispensables para dictar esa medida, y porque en el caso de ser aplicable dicho art. 1428, no son las resoluciones que de él dimanen de aquellas en que no puede pedirse reposición, según el art. 377, y la Sala sentenciadora, que de otro modo lo entiende, infringe tales artículos:

Resultando que opuesto el Ministerio fiscal á la admisión del recurso, se ha tenido á la vista con las debidas citaciones.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que tanto los autos sobre embargo preventivo, como aquellos que tienen por objeto el aseguramiento de bienes litigiosos ó el de adoptar á instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste las medidas que fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayese, no son susceptibles del recurso de casación, porque carecen del concepto de sentencias definitivas, no ponen término al pleito ni hacen imposible su continuación, y que siendo de esta clase la resolución reclamada, el recurso por infracción de ley contra ella interpuesto es de todo punto inadmisible, conforme á la jurisprudendencia constante de este Tribunal Supremo y á lo terminantemente dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento civil;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña Guadalupe Lasso de la Vega y Zayas, representada por su esposo D. Fausto Miranda Herráiz, á quien condenamos al pago de las costas; líbrese á la Audiencia de Sevilla la oportuna

certificación, devolviéndola el apuntamiento que remitió, y publíquese este auto según previene la ley.

Madrid 13 de Marzo de 1899.=José de Aldecoa.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=El Relator, Marcelino San Román.=Rogelio González Montes, Escribano de Cámara.

Num. 100.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Marzo, pub. el 23 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Cumplimiento de contrato.*— Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Nemesio Ruiz contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con Doña Manuela de Erice.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que según la ley 46, tít. 28, Partida 3.ª, la perfección del contrato de venta no transfiere al comprador el dominio de la cosa vendida, á no ser que con fiador ó prenda, á voluntad y satisfacción del vendedor, le garantice el pago del precio, ó bien si en el contrato se hubiere estipulado el plazo en que debe satisfacerse:

Que la ley 7.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, que determina quién debe ganar la señal cuando media en la venta y el contrato no se lleva á efecto, se refiere al caso en que mutuamente desistan del contrato las partes, y no puede servir de fundamento para el pago de intereses que se pidan por la parte de precio entregado:

Que en casación no son de estimar las infracciones que se citan partiendo del supuesto de hechos no aceptados en la sentencia recurrida:

Que el art. 1553 del Código civil declara aplicable al contrato de arrendamiento las disposiciones que sobre saneamiento rigen para el de compraventa:

Que la obligación que el núm. 2.º del art. 1554 impone al arrendador, es la de satisfacer el importe de los gastos de conservación necesarios para que la cosa sirva al uso á que está destinada, pero en modo alguno alcanza al reintegro de los desembolsos inherentes á la industria que explote el arrendatario en su exclusivo beneficio:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo, no procede el recurso de casación por el extremo referente á costas:

Que en esta parte está derogada la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª:

Que no comete la infracción del art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, mencionada en el núm. 4.º del 1692, la sentencia que deniega todas las pretensiones del actor.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de esta misma corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Nemesio Ruiz Trugeda, dependiente de comercio, de esta vecindad, con Doña Manuela de Erice y Urquijo, Condesa viuda de Villapadierna, propietaria, por sí y como madre del menor D. Gabriel Padierna de Villapadierna, estudiante; D. Felipe Padierna de Villapadierna y Erice, Conde de Villapadierna, Abogado; Doña Manuela y D. Jesús Padierna de Villapadierna y Erice, dedicada á sus labores la una, estudiante el otro, y todos también de esta ciudad, como herederos de D. Fe-

lipe Padierna de Villapadierna y Muñiz, Conde de Villapadierna, sobre cumplimiento de un contrato é indemnización de perjuicios; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, dirigido por el Licenciado D. Manuel Romero Girón, representado por el Procurador D. Antonio Martínez y Rodríguez; habiéndolo estado la parte recurrida por el Doctor D. Santiago Alonso de Villapadierna y por el Procurador D. Francisco Morales:

Resultando que D. León Padierna de Villapadierna, como apoderado de su hermano D. Felipe, Conde de Villapadierna, vendió en 30 de Abril de 1888 á D. Nemesio Ruiz Trugeda un solar ó cuadro de unas tierras llamadas las del Marqués de Salinas, ó las compradas á dicho Marqués, sitas en la margen derecha del arroyo Abroñigal, á la parte del puente, solar que, de la medición y plano hechos por un Arquitecto, resultó tener 4.573 pies cuadrados y tres décimas, que al precio de 50 céntimos de peseta cada uno, importaron 2.286 pesetas 65 céntimos, de las que dicho apoderado del vendedor recibió en el acto 1.000 del comprador, mediante recibo:

Resultando que las expresadas tierras compradas al Marqués de Salinas, con inclusión del trozo vendido á Ruiz Trugeda, llevábalas arrendadas del Conde de Villapadierna D. Eusebio Herce, quien tenía en ellas un tejar, una casa y varios cobertizos, y como no hubiese pagado los alquileres, por documento privado de 5 de Noviembre de 1890, después de hecha liquidación de lo que por tal concepto debía al Conde, convinieron en que éste podría disponer libremente desde aquel día de las tierras y de los cobertizos y ladrillos fabricados por Herce, que se los dejaba en parte de pago:

Resultando que por otro documento privado de 1.° de Enero de 1891, el mencionado apoderado del Conde de Villapadierna arrendó á D. Nemesio Ruiz las repetidas tierras compradas al Marqués de Salinas, incluso el solar antes vendido al mismo arrendatario, para que las destinara á tejar, por tiempo de seis años, á contar desde aquel día, y renta en cada uno de 450 pesetas, pagadas por adelantado, y por tanto, en el acto la primera anualidad; pactando en la condición 7.ª que el arrendatario había de satisfacer el precio concertado aun cuando no utilizara la finca, y en la 9.ª, que la falta en el pago, ó á cualquiera de las condiciones establecidas, daría lugar á la rescisión del contrato, y el propietario entraría en pleno goce de la finca sin necesidad de desahucio, con indemnización de daños y perjuicios y pago de costas judiciales y extrajudiciales:

Resultando que Ruiz Trugeda entró á poseer las tierras, la casa y los cobertizos, siendo requeridos los inquilinos de éstos para que le reconocieran como dueño y le pagaran los alquileres, y emprendiendo aquél los trabajos necesarios para la explotación del tejar, picando y allanando el terreno, colocando una valla de madera, y descargando por orden del Conde el cuadro de ladrillos á éste vendido por Herce, que contenía 124.500, según recibo de 139 pesetas 44 céntimos por dicha operación, dado á favor de Ruiz Trugeda en 28 de Marzo de dicho año 1891 por Pedro Golas, que la ejecutó:

Resultando que por documento privado de 20 de Agosto del mismo año 1891, Ruiz Trugeda vendió á D. Francisco García Bonilla, maestro de obras, 600.000 ladrillos y canto tirado, del tejar que le tenía arrendado el Conde de Villapadierna, al precio de 3 pesetas 25 céntimos el 100 de recocho, y 2 con 75 el pintón y encajilado, á 2 con 25 el pardo y á 17 el carro de canto tirado, obligándose á entregarle 204.000 desde aquella fecha hasta 1.° de Diciembre de 1892, y el resto en todo el año

1893, según los necesitara para sus obras, y á abonarle 30 pesetas por cada día de retraso en la entrega que diese motivo á la paralización de las obras:

Resultando que en 18 de Septiembre siguiente promovió D. Eusebio Herce interdicto de retener y recobrar la posesión dé las repetidas tierras, casetas y cobertizos contra Rodríguez Trugeda, en representación del cual y con poder por él otorgado, concurrió al juicio verbal celebrado en 2 de Octubre del mismo año el Procurador D. Francisco Egea, dictándose por el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio, en 12 del citado mes, sentencia declarando haber lugar al interdicto, acordándose en providencia del 31 poner á Herce en posesión de las tierras, lo que se llevó á efecto en 6 de Noviembre siguiente, dándole á conocer á los inquilinos de las casetas y cobertizos, y derribando la valla de madera, que quedó dentro del terreno, dándose aviso para que pasase á recogerla Ruiz Trugeda:

Resultando que éste, á quien había sido admitida apelación de dicha sentencia, recibió del Conde de Villapadierna una carta, fechada en 10 de Diciembre del expresado año 1891, devolviéndole los papeles relativos á la pobreza de Herce, en los que decía haber visto que alegaba no tener más que un jornal eventual, y como había reivindicado la posesión del tejar, no se podía dudar de que era tejero, y ejercía, por tanto, una industria que no le permitía ser declarado pobre para litigar, siendo por lo mismo urgente que presentase en el expediente de pobreza una certificación de habérsele dado posesión del tejar; y tramitada la alzada, en la que al parecer declaró el hermano y apoderado del Conde, D. León, diciendo que en tal concepto había otorgado en favor de Ruiz Trugeda el contrato de arrendamiento de 1.° de Enero para que destinase las tierras á tejar; que con anterioridad á esto, Herce, aun cuando ya había terminado su arrendamiento, siguió algún tiempo más sin contrato, hasta que se presentó en casa del declarante, y de conformidad con lo que le manifestó, se extendió el documento privado de 5 de Noviembre de 1890, sin que al otorgar á Ruiz Trugeda el nuevo contrato de arrendamiento hubiese necesidad de darle á reconocor á Herce, puesto que éste había cesado en el arrendamiento y aquél estaba facultado para posesionarse de la tierra, aunque, si no recordaba mal, lo acompañó un dependiente de la casa, para que lo reconocieran como tal arrendatario, la Audiencia de esta corte, por sentencia de 31 de Mayo de 1892, revocando la apelada, declaró no haber lugar al interdicto; condenó á Herce en las costas de primera instancia, y dejó sin efecto la posesión dada al mismo, por considerar principalmente que, lejos de haber demostrado que estaba en posesión en concepto de arrendatario del terreno, cuando Ruiz Trujeda ejecutó los actos invocados como constitutivos de la perturbación, aparecía, por el contrario, que el contrato que había ostentado había cesado en 5 de Noviembre de 1890, y por tanto, el Conde de Villapadierna, ó su apoderado, pudo celebrar, eomo celebró, nuevo arrendamiento con Ruiz Trugeda, á quien para los efectos de aquel juicio se debia reputar como legítimo poseedor:

Resultando que por tres contratos de 1.° de Octubre de 1894 y por otro de 20 de Noviembre de 1895, el apoderado del Conde de Villapadierna arrendó á D. Manuel Esteve, D. Rosendo Suárez, D. Fermín Azoara y D. Francisco Cruz, á cada uno una casilla enclavada en las tierras compradas al Marqués de Salinas, y además á los tres primeros una fanega de tierra próxima á su respectiva casilla, y al último la cuarta parte de dichas tierras; habiendo hecho también otro arrendamiento á D. Diego del Castillo, sin que conste de qué ni en qué fecha:

Resultando que los fabricantes de ladrillos, D. Mariano Verdeguer y D. Juan Soler suscribieron á favor de D. Nemesio Ruiz Trugeda, en 12 de Octubre y 15 de Noviembre de 1892, facturas de venta de 163.700 ladrillos de diferentes clases en 3.742 pesetas 65 céntimos, y de 40.400 ladrilos y 20 carros de cantos en 1.070 pesetas 60 céntimos; el Letrado D. Vicente Romero Girón puso en 4 de Abril de 1895 una minuta de los honorarios devengados en defensa de Ruiz Trugeda en el interdicto referido, ascendiente á 890 pesetas; y el Procurador D. Francisco Egea, una cuenta de derechos y suplementos hechos por aquél en dicho asunto, importantes 1.293 pesetas 62 céntimos, habiendo suscrito un recibo de 500 pesetas, entregadas por el mismo Ruiz Trugeda para atender á esos gastos:

Resultando que después de obtener declaración de pobreza para litigar, D. Nemesio Ruiz Trugeda dedujo, en 20 de Junio de 1897, demanda, solicitando se condenara á los herederos del Conde de Villapadierna: primero, á que le abonaran 2.000 pesetas, duplo de la parte de precio que tenían recibido para el cuadro de terreno sito en las tierras llamadas del Marqués de Salinas, junto á la margen del arroyo Abroñigal, y en otro caso, es decir, si dichos herederos deseaban que el contrato de compraventa se llevara á término natural y preciso, ó que le entregasen el terreno vendido, dando por recibido, como precio á cuenta del mismo, las 1.000 pesetas entregadas en 30 de Abril de 1888, y los intereses legales devengados por las mismas desde dicho día hasta el otorgamiento de la escritura de venta; segundo, á que le satisficiesen las 139 pesetas 44 céntimos que pagó por orden del Conde á Pedro Golas, que descargó el horno de ladrillos de la finca arrendada, con más los intereses legales de esa suma desde 28 de Mayo de 1891; tercero, á que le indemnizaran, no sólo los perjuicios ocasionados por no haber podido cumplir los compromisos contraídos con D. Francisco García Bonilla, sino también los demás ocasionados por el incumplimiento del contrato de arrendamiento de 1.º de Enero de 1891, cuyos perjuicios, así los unos como los otros, serían fijados por peritos; cuarto, á que igualmente le abonaran las 70 pesetas sobrantes del alquiler adelantado que por una anualidad satisfizo al Conde de Villapadierna, ó fuera que le devolviesen, á razón de una peseta 25 céntimos diarios, el alquiler del tejar arrendado desde 6 de Noviembre de 1891, en que fué perturbado en su posesión, hasta 31 de Diciembre del mismo año, que tenía satisfecho; quinto, á que pagaran los gastos ocasionados en el interdicto, que figuraban en la cuenta del Procurador Egea, importante 1.223 pesetas 62 céntimos, con más los intereses devengados por 800 pesetas que entregó á cuenta á dicho Procurador, desde que se verificó el pago, ó fuese desde 26 de Julio de 1892, por lo referente á 500 pesetas, y desde la fecha que se justificara, por lo que hacía á las 300 restantes; sexto, á que abonaran asimismo los gastos ocasionados por la cuenta jurada de dicho Procurador, cuya cuantía desconocía, por estar pendiente de tramitación; séptimo, á que abonaran también la minuta de los honorarios devengados por el Letrado que suscribía en el interdicto promovido por Herce, importantes 890 pesetas; octavo, á que pagaran los gastos que invirtió en el tejar para picar las tierras y allanarlas para levantar la valla de madera que aislaba la finca, y fué destruída por orden del Juzgado, y las demás mejoras practicadas en la finca, según tasación pericial que al efecto se practicara; y noveno, á que pagasen todas las costas de este juicio; y en apoyo de todas estas pretensiones, alegó: que por razones que ignoraba, el Conde de Villapadierna opuso multitud de inconvenientes á la consumación del contrato de venta del solar, ó cuadro de terreno, á pesar de

tener recibido parte del precio, y aun cuando nunca se negó rotundamente á otorgarlo, fué dilatándolo por unas y otras cosas, hasta que, habiéndole celebrado el 5 de Noviembre de 1890 con Herce, inquilino que ocupaba el pedazo vendido, como las demás tierras llamadas del Marqués de Salinas, quedaron á disposición del Conde éstas y la casa y cobertizos cedidos por Herce, en pago de todo lo cual, y sin perjuicio de que se llevara á término el referido contrato de venta, le arrendó el Conde en 1.º de Enero de 1891 por seis años; en virtud de lo cual, y en vista de estar, por los trabajos y gastos hechos, en disposición para ello, hizo con García Bonilla el contrato de suministro de 20 de Agosto de aquel año; siendo poco después, en 26 de Septiembre siguiente, citado por cédula para comparecer en el interdicto promovido por Herce; por lo que su esposa Doña María Soler fué á ver al Conde para manifestarle lo que ocurría, y para que, como era su deber, acudiese á los autos á defender al inquilino; pero temeroso el Conde, según dijo, de que si intervenía le costaría más, rogó y suplicó á la esposa del demandante que acudiera á los autos y se opusiera al interdicto, sin perjuicio de que todos los gastos fueran de cuenta y riesgo del propietario, á quien daría cuenta frecuentemente de la marcha del pleito; habiéndose personado, por tanto, en aquellos autos, de acuerdo con el Conde, el Procurador Egea, dirigido por el Letrado que suscribía; y por orden de aquél, á quien no satisfizo la sentencia de primera instancia, se apeló de ella; todo lo que comprobaban dichos autos, y la carta del Conde de 10 de Diciembre de 1891, que cuando se dictó la sentencia de segunda instancia ya el Procurador Egea le había reclamado el pago de sus derechos, por ser pobre el condenado en costas, y él transmitió la sentencia al Conde, quien, sin negarse á pagarlos y solicitando rebaja, dejó transcurrir los días sin hacer efectivos esos derechos, como tampoco los honorarios del Letrado: en vista de lo cual, el Procurador juró la cuenta al cobrar, no obstante tener recibidas 500 pesetas en 26 de Julio de 1892, y 300 poco después, estando en tramitación las diligencias por no haber sido satisfecha la totalidad; que para no perjudicarse más, siguiendo un pleito como el interdicto para no ser luego compensado por el Conde ni de las molestias ni de los gastos, manifestó á aquél que, si no pagaba todas las cuentas y los perjuicios irrogados por dicho interdicto, desistiría de la ejecución de la sentencia de la Audiencia; que como el Conde no pagó, ni practicó acto ninguno para ponerle en posesión de las tierras arrendadas, se vió obligado, para cumplir á su tiempo los compromisos contraídos con García Bonilla, á comprar en otros tejares los ladrillos y cantos tirados que éste le pedía, perdiendo la ganancia que obtenían los fabricantes que se los vendieron y la que habría alcanzado en la venta de los demás ladrillos contratados, no llegando los perjuicios á la indemnización pactada con García Bonilla, porque éste, comprendiendo su imposibilidad de cumplir el contrato, lo rescindió; y que había practicado innumerables gestiones cerca del Conde y de sus herederos para hacer efectivos sus créditos, llegando hasta decirle en carta de fecha, si no recordaba mal, de 11 de Julio de 1895, que si dentro del preciso término que le señalaba le entregaba los gastos de Abogado y Procurador, aparte del precio entregado por el terreno, daría por terminada la cuestión; proposición ventajosísima, que obedecía á su carencia de dinero entonces, y que no aceptada por los herederos del Conde, retiró, acudiendo á promover el incidente de pobreza y el acto conciliatorio:

Resultando que Doña Manuela de Erice y Urquijo, Condesa viuda de Villapadierna, por sí, y en representación de su hijo menor D. Gabriel, y los otros hijos y herederos del Conde de Villapadierna, D. Felipe, ac-

tual Conde, Doña Manuela, y D. Jesús Padierna de Villapadierna y de Erice, contestaron á la demanda, pidiendo se les absolviera de ella, condenando al actor á perpetuo silencio y al pago de las costas; y por reconvención, á que se les abonara las 1.286 pesetas 65 céntimos, que todavía les era en deber, como resto del precio convenido por la venta del solar; á que elevase aquel convenio particular á escritura pública, abonando los gastos de ésta y los demás que ocurriesen, y á que satisficiera igualmente los intereses de dicha suma desde que incurrió en mora, y los gastos y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de 30 de Abril de 1888, y si por la insolvencia del demandante se hiciera imposible el cumplimiento de lo pactado y demás pedido, se declarase la rescisión de la venta del solar, con los frutos producidos y debidos producir, y la indemnización de daños y perjuicios que de tal rescisión se derivasen y á que hubiese lugar; alegando al efecto: que á pesar de haber transcurrido más de ocho años, ni había consumado la venta el comprador, dejando de entregar las 1.286 pesetas con 65 céntimos, resto del precio, ni había elevado á escritura pública el contrato privado, ni pagado los gastos de plano, escritura y demás que ocurrieran por causa de la venta, y á cuyo pago estaba obligado, debiendo, en su virtud, cumplir tales compromisos; que lejos de haberse opuesto el Conde á la consumación de la venta, hizo para ello cerca del demandante cuantas gestiones le fué posible, sin lograrlo; no obstante lo cual, los herederos del Conde habían respetado tanto el compromiso, que cuando en 1.º de Octubre de 1894 arrendaron las tierras, excluyeron del contrato el solar vendido, viéndose por esto obligado á dividirlas en partes, lo que les había ocasionado perjuicios; que celebrado con Ruiz Trugeda, independientemente del referido contrato de venta, el de arrendamiento de 1.º de Enero de 1891, entró en posesión de las tierras y pagó la primera anualidad de alquiler, pero no pagó las otras, que aun era en deber, y cansados de esperar los herederos del Conde, usando del derecho que les concedía la cláusula 9.ª del citado contrato, hicieron los cuatro nuevos arrendamientos antes indicados, excluyendo, como va dicho, el solar vendido á Ruiz Trugeda; que como la acción en el interdicto fué dirigida contra aquél, y no contra el Conde, á quien no se notificó, ni emplazó, ni fué parte; y como Ruiz, al defenderse, obró por su propia cuenta, nada conocían los contestantes, ni les importaba conocer de lo que sucediera en aquel litigio, aceptando sí, y consignando como punto esencial, que en la sentencia ejecutoria de la Audiencia, declarando no haber lugar al interdicto, condenó en costas al demandante Herce; que cuanto en la demanda se decía para suponer que Ruiz se opuso al interdicto por mandato del Conde, era totalmente inverosímil, pues enfermo éste ya de la dolencia grave y crónica que le produjo la muerte, no recibía á nadie para entender en asuntos, ni era aceptable que, á un recado de una mujer de un tejero, el Conde, Abogado y muy entendido, fuera á obligarse á todo lo que el actor decía; y así, aun cuando tuviera algún conocimiento del asunto, si lo tuvo, y diese algún consejo á Ruiz, sería como Abogado y sin que mediase el supuesto contrato de mandato, rechazando la exactitud y eficacia de ese y de los demás hechos de la demanda:

Resultando que el actor, al replicar, sostuvo que había cumplido el contrato de arrendamiento, negando que al oponerse al interdicto obrara por su cuenta, y que el contrato de venta no se elevara á escritura pública por culpa suya, sino del Conde, de quien no pudo conseguirlo; agregando que, como avisó del interdicto al Conde y éste no le aseguró en la posesión legal y pacífica de la cosa arrendada, dejó de cumplir todo

aquello á que venía obligado, y que después el Conde y sus herederos habían venido ejerciendo sobre dichos terrenos actos de dominio, según ellos mismos reconocían; y los demandados, en la dúplica, insistieron en sus alegaciones, negando haber dicho que ejecutaron actos de dominio sobre el solar vendido á Ruiz Trugeda; y añadiendo que, de todas maneras, ni habían existido, ni existían motivos para que el vendedor pudiera ser citado de evicción y saneamiento, ni tampoco lo fué en tiempo y forma; hallándose el incumplimiento del contrato de parte tan sólo del comprador:

Resultando que ambas partes practicaron prueba docomental y de testigos; y continuada la sustanciación en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia confirmatoria de 7 de Junio de 1898, declaró que los demandados Doña Manuela de Erce y Urquijo, Condesa viuda de Villapadierna, por sí, y como representante de su menor hijo D. Gabriel Padierna de Villapadierna; D. Felipe, Doña Manuela y D. Jesús Padierna y Villapadierna, la primera como viuda, y los demás como hijos y herederos del difunto Conde, vienen obligados á otorgar, en favor de D. Nemesio Ruiz Trugeda, dentro del término de quince días, la escritura de compraventa del solar de 4.573 pies y 3 décimas de otro, de terreno que dicho Conde le vendió, y están descritos en las certificaciones y planos obrantes en autos, siempre que previamente satisfaga á los citados herederos las 1.286 pesetas 65 céntimos que como resto del precio de la venta les adeuda; y que para el caso de que dentro de dicho término no lo efectúe, declaró rescindido el aludido contrato y condenó al D. Nemesio Ruiz Trugeda al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que pueda causar á los mencionados herederos, y que serán determinados y liquidados en ejecución de sentencia; declaró asimismo no haber lugar á resolver sobre el crédito de 139 pesetas 44 céntimos que el actor reclamó por la descarga del horno de ladrillos de que se deja hecha mención, por no ser competente el Juzgado para resolver sobre el mismo; absolvió á los demandados de todas las demás reclamaciones contra ellos hechas en la demanda; condenó al actor en las costas de ambas instancias, y declaró, por último, no haber lugar á las pretensiones formuladas en los otrosíes del escrito de conclusiones del demandante:

Resultando que D. Nemesio Ruiz Trugeda interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º, 3.º, 4.º y 6.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento criminal, y alegando los siguientes motivos:

Primero. Al entender la Sala sentenciadora que el contrato de compraventa celebrado entre el recurrente y el Conde de Villapadierna debe perfeccionarse, toda vez que la obligación de la venta es indudable, y que deben compensarse las 1.000 pesetas entregadas á cuenta por el recurrente, y declarar al propio tiempo y bajo el supuesto de que éste no ha hecho gestiones para reclamar el cumplimiento de esa obligación, que no tiene el mismo derecho alguno ni á que se le compensen los intereses de dicha cantidad, ni á la indemnización de perjuicios, caso de rescindirse el contrato, infringe las leyes 7.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, y 46, tít. 28, Partida 3.ª, puesto que desde el momento en que se convino el precio y la cosa, quedó perfeccionada la venta, con arreglo á la ley 1.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, y nacieron obligaciones, tanto para el vendedor como para el comprador, siendo las de aquél desde luego, y habiendo mediado entrega de parte del precio, la de entregar á su vez la cosa vendida, porque claramente se determina en la citada ley 46, tít. 28, Partida 3.ª, que «el señorío de la cosa, magüer el precio non oviese pagado,

pasará al comprador, siempre que fiador ó peños oviese dado ó tomado plazo para pagar, ó si el vendedor se fiasse en él»; de manera que al invocar la sentencia recurrida esta disposición como fundamento que acredita, á su juicio, la falta por parte del comprador en el cumplimiento de sus obligaciones, la infringe por indebida aplicación; siendo claro que desde el momento en que el comprador no hizo suya la cosa, como debió, en cumplimiento de dicha disposición legal, tiene derecho, toda vez que, con arreglo á la citada ley 7.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, no puede rescindirse la venta por haber mediado señal ó parte del precio, á que se le reintegre durante este tiempo que no ha tenido el señorío de la cosa los intereses del precio adelantado; debiéndose, al interpretar en el sentido más favorable al propio vendedor aquella falta suya en el cumplimiento de sus obligaciones, considerarla como un desistimiento voluntario por su parte del contrato de compraventa; y al no otorgar la sentencia recurrida la devolución del duplo del precio adelantado por el comprador, conforme solicitó el recurrente, infringe, por su no aplicación, la repetida ley 7.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, la cual resulta aún más evidentemente infringida bajo otro punto de vista: el de que la sentencia recurrida, partiendo de la base de la insolvencia del recurrente, decreta, para en su caso, la rescisión de la venta, con la indemnización de perjuicios correspondiente á favor del vendedor, cuando dicha ley determina que habiendo mediado señal ó parte del precio, «non se puede arrepentir ninguno dellos ni desfazer la vendida»:

Segundo. Al declarar la sentencia no haber lugar á la indemnización de daños y perjuicios sufridos por el recurrente en el juicio de interdicto y por las consecuencias del mismo, en cuanto se refiere al contrato de arrendamiento, infringe los arts. 1554, en sus casos 2.º y 3.º, 1556 y 1560 del Código civil; pues desde el momento en que la ley obliga al arrendador á hacer en las fincas las reparaciones necesarias para servir al uso á que se las destina, así como á mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, no se trata ya, ni puede tratarse, como supone la sentencia recurrida, de si está demostrada ó no en los autos la existencia del mandato verbal conferido al recurrente, sino de si el arrendador, en este caso el Conde de Villapadierna, tenía ó no el deber de cumplir las obligaciones que le impone el art. 1554 del Código civil, y por lo tanto, si el arrendatario, en este caso el recurrente, tenía acción, con arreglo al art. 1556, para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, y en este caso los constituyen el allanamiento de tierras, establecimiento de la valla y demás obras, y por referirse al uso á que iba á ser destinado el terreno, son de obligación del arrendador, y que practicadas por el arrendatario, ni aun pudo servirse de ellas, por la desdichada demanda de interdicto, estando asimismo incluídas en esta indemnización las costas de todo el juicio de interdicto, toda vez que se refieren al goce pacífico del arrendamiento, en que debe conservar el arrendador al arrendatario, sin que obste la declaración del art. 1560 de que el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador, porque esta declaración hay que compaginarla con la obligación que impone al arrendador el núm. 3.º del ya citado artículo 1554:

Tercero. Desde el momento en que la sentencia recurrida admite, aunque sólo sea en parte, una de las pretensiones de la demanda, y decide con arreglo á ella, cual es la del cumplimiento del contrato en venta, no puede, en modo alguno, condenar en costas á la parte actora, porque aparte de infringir la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, según la cual sólo al litigante temerario deben imponérsele, temeridad que no cabe apreciar

desde el momento en que se acepta en todo ó en parte algunas de las pretensiones deducidas en juicio, la sentencia resulta contradictoria, es decir, incluída en el núm. 4.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, é infringe el art. 359 de la misma ley; y

Cuarto. Al declararse incompetente al Juzgado para conocer en cuanto al crédito reclamado por el recurrente de 139 pesetas 44 céntimos por la extracción de los ladrillos del horno arrendado, se infringe el artículo 483, en relación con el caso 7.º del 489 de la ley de Enjuiciamiento civil, por su no aplicación, así como el art. 486 de la misma ley adjetiva, que no puede tener aplicacion en el caso presente; y partiendo de este caso, queda asimismo infringido el art. 359 de dicha ley procesal, desde el momento en que la sentencia recurrida no hace sobre este extremo declaración alguna en relación con la pretensión deducida, hallándose, por tanto, incluída por este hecho en los números 3.º y 6.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, mucho más si se tiene en cuenta que declara incompetente al Juzgado de primera instancia para resolver sobre la reclamación de las 139 pesetas 44 céntimos, y resuelve sobre los alquileres que deben devolver los herederos del Conde, cuya cuantía es de 70 pesetas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que ni por aplicación indebida de la ley 46, tit. 28, Partida 3.ª, ni por haberse dejado de aplicar la 7.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, ha cometido la Sala sentenciadora las infracciones alegadas en el motivo primero, porque según la ley 46 dispone, la perfección del contrato de venta no transfiere al comprador el dominio de la cosa vendida, á no ser que con fiador ó prenda, á voluntad y satisfacción del vendedor, se garantice el pago del precio, ó bien, si en el contrato se hubiese estipulado el plazo en que debe satisfacerse, ninguna de cuyas circunstancias mediaron en el celebrado por el apoderado del Conde de Villapadierna con el recurrente, y no es aplicable la ley 7.ª, que determina quién debe ganar la señal cuando media en la venta y el contrato no se lleva á efecto, porque no se refiere al caso en que mutuamente desistan del contrato las partes, y no puede, como el recurrente supone, servir de fundamento para el pago de intereses que por la parte del precio entregado se piden:

Considerando que tampoco se cometen en la sentencia ninguna de las infracciones de los artículos del Código civil alegados en el segundo motivo, porque en la relativa al art. 1556 se parte del supuesto de hecho, no aceptado en la sentencia, de no haberse cumplido por el arrendador las obligaciones que le incumbían; en la del núm. 3.º del 1554, porque el recurrente, que defendió su derecho en el interdicto que contra él propuso D. Eugenio Herce, y cuyas costas le fueron impuestas á éste, no citó de eviceión al Conde de Villapadierna, como debió hacerlo, para el éxito de su actual reclamación, al tenor de lo dispuesto en el art. 1553, que declara aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones que sobre saneamiento rigen para el de compraventa; y en cuanto á la infracción del núm. 2:º de dicho art. 1554, que también se invoca, la obligación que este precepto impone al arrendador es la de satisfacer el importe de los gastos de conservación necesarios para que la cosa sirva al uso á que está destinada, pero que en modo alguno alcanza, como se pretende por el actor, al reintegro de los desembolsos inherentes á la industria de elaborar ladrillos, que en beneficio exclsivamente suyo explota:

Considerando que además de no proceder el recurso de casación por el extremo referente á costas, según tiene declarado este Supremo Tribunal, y estar derogada en esta parte la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, no ha

incurrido la Sala sentenciadora al imponer al demandante las de primera y segunda instancia, causadas en el juicio, en la contradicción que como motivo de casación señala el núm. 4.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni consiguientemente ha infringido el 359, alegado en el motivo tercero, toda vez que la sentencia deniega todas las pretensiones del actor, porque el otorgamiento de la escritura de venta de los terrenos, ó la rescisión del contrato de venta en su caso, que la sentencia ordena, no es en la extensión ni con el alcance pretendido en la demanda, sino de conformidad con lo pedido por el demandado en la reconvención:

Considerando que no existe la incongruencia alegada en el cuarto motivo, porque la Sala sentenciadora, al declararse incompetente, fundada en el art. 486 de la ley de Enjuiciamiento civil, resolvió lo que estimó justo á la reclamación de 139 pesetas 44 céntimos, importe de las costas ocasionadas en la descarga de un horno, realizada por encargo especial del Conde de Villapadierna, y por consiguiente, sin relación ni conexión alguna con los contratos de venta ni de arrendamiento, sin que, por otra parte, se alegue en el recurso precepto alguno infringido que regule la acumulación de las acciones;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Nemesio Ruiz Trugeda, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 13 de Marzo de 1899.—Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 101.—TRIBUNAL SUPREMO.—13 de Marzo, pub. el 5 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Defensa por pobre.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Juana Fernández contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, en pleito con D. Francisco Yáñez y el Abogado del Estado.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que para obtener el actor la declaración legal de pobreza, una vez incoado el pleito, exige el art. 24 de la ley procesal que justifique cumplidamente haber venido á tal estado después de entablarlo.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Marzo de 1899, en el incidente de pobreza seguido en el Juzgado de primera instancia de Castropol y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por Doña Juana Fernández Santamarina, viuda, vecina de Piñeira, concejo de Taramundi, con Don Francisco Javier Yáñez, de la misma vecindad, y con el Abogado del

Estado; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la demandante, representada por el Procurador D. Maximino Elvira, bajo la dirección del Doctor D. Matías Barrio y Mier; no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que Doña Juana Fernández Santamarina, al objeto de continuar litigando con D. Francisco Javier Yáñez sobre rescisión de contrato, formuló en 2 de Junio próximo pasado demanda de pobreza ante el Juez de primera instancia de Castropol, manifestando que había transmitido su cuantiosa fortuna al citado Yáñez á cambio de la pensión de 150 pesetas anuales, y con la condición de vestirla, alimentarla y en su día enterrarla; que no habiendo cumplido estas obligaciones, había entablado pleito para la rescisión del contrato, encontrándose al contestar la demanda con que había sustituído aquellas obligaciones con la de entregar anualmente 7 fanegas de centeno y maíz, cuyo valor de 70 pesetas, unido al de la pensión, daban una renta de 2 reales y medio diarios, inferior al jornal de un bracero, viviendo á expensas de unos vecinos que la tenían recogida; y que habiendo sostenido el pleito con los ahorros que tenía, y agotados éstos, se veía en la necesidad de incoar la presente demanda para su continuación:

Resultando que D. Francisco Javier Yáñez impugnó la demanda, negando que la demandante hubiera venido á peor fortuna después de incoado el pleito principal, y que aun cuando acreditase que era ya pobre al iniciarse el pleito, no podía accederse á su demanda:

Resultando que sustanciado el incidente por todos los trámites de ley y con intervención del Abogado del Estado, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, por sentencia confirmatoria de 27 de Junio próximo pasado, denegó el beneficio de pobreza solicitado por la demandante:

Resultando que Doña Juana Fernández Santamarina ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. Los artículos 13 y 15 de la citada ley, que disponen que la justicia se administrará gratuitamente á los pobres que sean declarados tales por los Tribunales, debiendo atenerse para hacer dichas declaraciones á los diversos casos y circunstancias que en el segundo de dichos artículos se determinan; por cuanto la sentencia recurrida acepta los resultandos y considerandos de la primera instancia, de los que resulta la pobreza de la recurrente, y sin embargo, le deniega este beneficio:

Segundo. El art. 24 de la misma ley procesal, que se refiere á los que solicitan la declaración de pobreza después de incoado el pleito principal, disposición que no tenía otro objeto sino el de cortar el abuso de que un litigante que no fuera pobre tratara de demostrarlo *à posteriori;* pero en manera alguna había querido privar de dicho beneficio al que real y verdaderamente se encontrara con anterioridad en tal estado, como acontecía á la recurrente.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Molina:

Considerando que para obtener el actor la declaración legal de pobreza, una vez incoado el pleito, exige el art. 24 de la ley procesal que justifique cumplidamente haber venido á tal estado después de entablarlo, y que en ninguno de los dos motivos del recurso, ni por el caso del artículo 1692 de la ley en que se basan, ni por sus alegaciones, se intenta demostrar que fueraprecisamente en dicha época cuando llegó á tal estado Doña Juana Fernández Santamarina;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Juana Fernández Santamarina, á quien condenamos al pago de las costas y al de

la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en la forma prevenida por la ley; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.—Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Molina, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 13 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 102.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Marzo, pub. el 5 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Cumplimiento de testamento.*— Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Venancio Pizarro contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Francisco Pizarro y otro.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que carece de derecho para dirigir acción contra los albaceas, quien no teniendo otro alguno á la herencia, recibe en tiempo oportuno el legado; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 62, tít. 18, Partida 3.ª, ó sea la 1.ª, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación; las 3.ª, 5.ª y 6.ª, tít. 10, y la 14, tít. 5.º de la Partida 6.ª:

Que la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, está derogada en lo que se refiere á la imposición de costas:

Que según tiene declarado el Tribunal Supremo, la declaración de temeridad, que lleva consigo la imposición de costas, como cuestión de hecho que es, corresponde á la Sala sentenciadora, sin que contra el juicio que ésta forme proceda el recurso de casación.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Torrijos y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Vicente Pizarro Díaz, jornalero, vecino de Carriches, con los estrados correspondientes, en representación del D. Francisco Pizarro Gómez, labrador, vecino de Domingo Pérez, y D. Marcelino Garrido Molina, propietario, vecino de Hormigos, ambos como albaceas de D. Basilio Pizarro y Cabezudo, sobre cumplimiento de testamento, entrega de bienes é indemnización de perjuicios; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador D. José María Villa, bajo la dirección del Letrado D. Carlos Díaz Valero; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte recurrida:

Resultando que D. Basilio Pizarro Cabezudo falleció en 15 de Febrero de 1880 en la villa de Domingo Pérez, bajo testamento otorgado en 18 de Septiembre de 1875, en el que, después de varios particulares, legó á sus siete sobrinos, entre los que se encontraba D. Venancio Pizarro, un

crédito de 500 reales y varias fincas que designó, cuyos legados habían de repartirse por partes iguales: disponiendo qne las demás deudas y créditos que apareciesen en el libro de caja se invertirían en la forma que confidencialmente tenía indicada á sus albaceas; ordenó en la cláusula 14.ª que si cualquiera de sus herederos ó legatarios promoviese litigio á los demás, y especialmente á sus albaceas, quedase desde luego desheredado y revocado el legado que le hubiese hecho; y en la cláusula 15.ª nombró albaceas testamentarios á D. Marcelino Garrido Molina y D. Francisco Pizarro, en unión de un tercero, para que juntos é *in solidum* cumpliesen á la mayor brevedad sus disposiciones, dándoles al efecto amplias facultades, sin que pudiesen sus herederos ó legatarios pedirles cuenta de gastos ni de la inversión dada al producto de los bienes que vendiesen, autorizándoles para deducir de cada partícipe la parte que tuviesen por conveniente para los gastos de la testamentaría, si no fuesen suficientes los bienes relictos:

Resultando que dichos albaceas, en 16 de Mayo siguiente, celebraron un contrato, suscrito por D. Venancio Pizarro y otros, todos los que se dieron por satisfechos de sus legados, manifestando que ningún derecho les asistía para exigir bienes algunos muebles y semovientes de la testamentaría, aun cuando resultase sobrante, renunciándolo de todas maneras á su favor, prometiendo no hablar más de la testamentaría en tal sentido; y en 20 de Marzo de 1888, D. Marcelino Garrido entregó, mediante recibo, á uno de los legatarios una carta de pago de los derechos de la Hacienda en el legado que á él y demás interesados les había hecho el testador, autorizada por el Registrador de la propiedad de Escalona en 6 de Diciembre de 1880:

Resultando que el legatario D. Venancio Pizarro Díaz formuló en 30 de Septiembre de 1895 la demanda origen de estos autos ante el Juez de primera instancia de Torrijos, alegando que los albaceas D. Marcelino Garrido y D. Francisco Pizarro, fundados en la cláusula 15.ª del testamento de D. Basilio Pizarro, se habían limitado á señalar verbalmente á los interesados la parte de bienes inmuebles que á cada uno correspondían, entregándolos sin previa adjudicación, y se habían incautado de cuantos bienes muebles, frutos y semovientes existían en la casa del testador el día de su fallecimiento, sin que hasta la fecha hubiesen rendido cuentas, como estaban obligados y les ordenaba el testador, por lo que suplicó se les condenase al cumplimiento de sus obligaciones, facilitando las oportunas cuentas, con entrega de los alcances á que ascendiera el producto de los bienes que habían quedado en la casa mortuoria y su interés legal desde el día siguiente á la terminación del año de albaceazgo, indemnización de daños y perjuicios y pago á la Hacienda de los derechos reales correspondientes:

Resultando que dichos albaceas contestaron la demanda, exponiendo que, en virtud del referido contrato celebrado en 16 de Marzo de 1880, ó sea en el mismo año de la defunción del testador, el demandante y demás interesados se dieron por satisfechos de sus legados, y renunciaron á su favor todo derecho que en la testamentaría pudiera corresponderles; y que habían satisfecho á la Hacienda los derechos reales correspondientes, cumplido las mandas piadosas, y entregado las fincas á las personas y en la forma designada en el testamento:

Resultando que evacuados los trámites de réplica y dúplica, y abierto el juicio á prueba, suministraron varias ambas partes, uniéndose á los autos, á instancia del demandante, una certificación del Registrador de la propiedad de Escalona, en la que manifiesta que las operaciones testamentarias de D. Basilio Pizarro no habían sido presentadas hasta la

fecha para su inscripción; y absolviendo posiciones los demandados, declararon, entre otros extremos, que tenían hechas las cuentas y cumplida la voluntad del testador, estando relevados por éste de darlas á conocer:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales de las dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte, por sentencia confirmatoria de 22 de Enero de 1898, declaró no haber lugar á la demanda interpuesta por D. Venancio Pizarro, imponiéndole las costas de ambas instancias:

Resultando que D. Venancio Pizarro Díaz ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. La ley 62, tít. 18, Partida 3.ª, ó sea la ley 1.ª, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, que dispone que el albacea, á más de rendir cuenta de su encargo, debe en caso necesario vender en pública almoneda los bienes del testador para atender y cumplir debidamente su voluntad; por cuanto la Sala sentenciadora aprueba las gestiones de los albaceas de D. Basilio Pizarro, siendo así que habían procedido sin sujeción á lo preceptuado en la citada ley, puesto que ocurrido el fallecimiento del testador y sin formalizar las operaciones de inventario, avalúo y distribución del caudal relicto, habían señalado á cada legatario las fincas de que podían disponer, realizando los bienes restantes por medio de ventas particulares, á cuyas afirmaciones habían prestado su conformidad los demandados al absolver posiciones:

Segundo. La ley 5.ª, tít. 10, Partida 6.ª, y la 14, tít. 5.° de la misma Partida, que preceptúan: la primera, que los mandatarios del testador han de dar cuenta de su encargo al Juez ordinario, pasado un año, expresando la inversión dada á la manda ó su importe, así como que los referidos mandatarios no pueden tomar de la manda para su provecho en premio de su trabajo, que ha de ser gratuito; y la segunda, que determina la forma y manera de establecer el testador un fideicomiso; porque los albaceas, fundados en la cláusula 15 del testamento, habían considerado que el testador había establecido en ella un fideicomiso, y después de distribuir entre los legatarios la hacienda inmueble, se incautaron de los restantes bienes, sin manifestar la inversión que les habían dado, siendo así que no tenían otras facultades que las de albaceas universales, y por tanto, obligados á rendir cuenta de su encargo al Juez:

Tercero. La ley 6.ª, tít. 10, Partida 6.ª, que determina el tiempo ó plazo dentro del que los albaceas han de cumplir su encargo, que «en todas guisas á lo más tarde fasta un año después de la muerte del testador», al no estimar la sentencia recurrida el hecho acreditado por la certificación del Registrador de la propiedad de Escalona, de que no había sido presentada al tiempo de formular la demanda para su inscripción la testamentaría de D. Basilio Pizarro por los albaceas ni por persona alguna:

Cuarto. La ley 3.ª, tít. 10, Partida 6.ª, que declara que «los testamentarios no pueden dar más á ninguna de aquellas ciertas de cuanto el testador mandó dar señaladamente en su testamento»; porque la Sala incurre en error de derecho al aplicar indebidamente al contrato privado de 16 de Marzo de 1880 la ley 1.ª, tít. 10, libro 10 de la Novísima Recopilación, y estimarlo válido, faltando en las partes contratantes facultades para dar y recibir cosas sobre las que no tenían dominio ni derecho á reclamar, á más de que la renuncia de derechos, para que sea válida,

ha de constar en documento público, según las leyes 17, tít. 21, libro 4.°, y 22, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación; y

Quinto. La ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, al calificarle la Sala, confirmando la sentencia del Juez, de litigante temerario y condenarle en costas, pues nada había pedido para sí, sino únicamente el cumplimiento del deber de rendir cuentas al Juez, que la ley 5.ª, tít. 10, Partida 6.ª, impone á los albaceas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que aceptados como hechos indiscutibles, por no haber sido impugnados en forma legal, que el recurrente sólo tenía que percibir de la herencia de D. Basilio el legado que le dejó en su testamento y que le fué entregado en tiempo oportuno por los albaceas, es visto que con ello quedaron extinguidos sus derechos en la herencia, por cuya razón, y por ser ajenas al legado las peticiones contenidas en la demanda, es evidente su falta de derecho para dirigir acción alguna contra los albaceas, como virtualmente reconoce el Tribunal *à quo* en el fallo recurrido, y en este concepto, no hay términos hábiles para ocuparse de las infracciones que sirven de fundamento á los cuatro primeros motivos del recurso, siendo también improcedente el quinto, porque además de hallarse derogada, en lo que á la imposición de costas se refiere, la ley 8.ª, tít. 22, Partida 3.ª, que en él se invoca, la declaración de temeridad que lleva consigo su imposición, como cuestión de hecho que es, corresponde su apreciación á la Sala sentenciadora, sin que contra el juicio que forme proceda el recurso de casación, según tiene declarado este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Venancio Pizarro Díaz, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.= Joaquín Gónzález de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de dicha Sala.

Madrid 14 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 103.—TRIBUNAL SUPREMO.—14 de Marzo, pub. el 16 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Privación ó suspensión del ejercicio de la patria potestad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. F. S. y H. contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con Doña S. B. y A.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que aplica debidamente el párrafo primero y no el segundo del art. 73 del Código civil, la sentencia que mandando ejecutar en la parte relativa á los efectos civiles el fallo que los produjo, pronun-

ciado en pleito de divorcio por el Tribunal eclesiástico, dispone que los hijos sean puestos bajo la potestad y protección del cónyuge estimado inocente por el mismo Tribunal:

Que si bien el art. 171 del Código civil confiere á los Tribunales la facultad de privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, es manifiesto que pueden usar discrecionalmente de tal facultad cuando en vista de las pruebas suministradas estimen que así procede en justicia.

Que decidiendo el caso referido en el sentido expresado, no desconoce la Sala sentenciadora su competencia, y, por tanto, no infringe el fallo de casación de 20 de Marzo de 1883.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Marzo de 1899, en las diligencias pendientes en el Juzgado de primera instancia del Norte de Barcelona para ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de la Rota de la Nunciatura, en pleito de divorcio entre Doña J. B. y A. y D. F. S. y H., hoy incidente seguido por dicho S., comerciante, vecino de Hospitalet, con la B., sin profesión especial, vecina de Barcelona, sobre privación ó suspensión del ejercicio de la patria potestad; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, dirigido por el Licenciado D. Federico Grases Vidal y representado por el Procurador D. Federico Grasés Riera; habiéndolo sido la demandada por el Doctor D. Salvador Raventós y el Procurador D. Pablo de Figuerola Ferrety:

Resultando que la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 31 de Octubre de 1884, dictada en causa seguida á instancia de D. F. S. contra su esposa Doña J. B. y D. J. C. por adulterio, condenó á ambos procesados á cuatro años de prisión correccional, accesorias y costas, de cuyas penas fueron perdonados por el querellante:

Resultando que promovido en 1890 en el Tribunal eclesiástico de la diócesis de Barcelona por Doña J. B. pleito sobre divorcio contra su marido D. F. S., que formuló reconvención para que se decretase el divorcio perpétuo por la conducta liviana de su mujer, alegando lo antes expuesto, el Tribunal de la Rota, por sentencia ejecutoriada de 11 de Febrero de 1896, sin dar lugar á la reconvención, concedió á la Doña J. el divorcio en cuanto al tálamo y domicilio de su marido por término de treinta años, imponiendo á aquél las costas, y ordenándole el cumplimiento de las leyes divinas y humanas:

Resultando que en 20 de Junio del mismo año, Doña J. B. acudió al Juzgado de primera instancia del distrito del Norte de Barcelona para que se llevara á cumplimiento la expresada sentencia del Tribunal de la Rota, con arreglo al art. 82 del Código, pidiendo que, con sujeción á los artículos 13 y 73 del mismo Código, se declarase: primero, que por virtud de dicha sentencia se encontraba separada civilmente de D. F. S. por término de treinta años, pudiendo regir su persona y bienes con independencia de su citado marido, declaración que debía anotarse en el Registro civil del distrito de la Lonja, donde constaba inscrita la partida de casamiento; segundo, que se expidiera oficio al Juzgado del Parque para que levantara su depósito, haciéndolo saber á la depositaria; tercero, que se requiriese á D. F. S. para que dentro de tercero día la hiciese entrega de sus hijas M., J. y A.; y cuarto, que se le requiriera también para que le entregara el armario-espejo y las joyas y ropas de su propiedad.

Resultando que dada vista de estas pretensiones á D. F. S., formuló,

después de varios incidentes y recursos, demanda incidental en 30 de Septiembre de 1897, pidiendo se declarase: primero, que Doña J. B. dejó de tener el carácter de cónyuge inocente á los efectos del art. 73, párrafo primero, del Código civil, y por tanto, se hallaba incapacitada para que fuesen puestas y tuviese bajo su potestad y protección á las tres hijas habidas de su matrimonio con él; segundo, para el caso de no estimarse procedente lo anterior, se declarase la privación de la patria potestad, ó cuando menos las suspensión de su ejercicio, en cuanto á la Doña J. B., con respecto á las tres mencionadas hijas, mandando que éstas permanecieran y continuaran bajo la dirección y compañía de su padre, para para que como tal las atendiera, con imposición de costas á la repetida Doña J. si se oponía á esta demanda; en apoyo de la cual, aparte de ciertos hechos ya relacionados, consignó: que los hechos que motivaron la causa criminal adquirieron gran publicidad, porque los culpables fueron detenidos y trasladados por la fuerza pública desde la casa en que se les sorprendió, calle de Fernando VII, al Gobierno civil, y luego al Juzgado de instrucción, por lo que la B. se hallaba desde entonces en concepto muy desfavorable en la opinión pública, que deploraba la condición desairada en que había colocado á sus hijas; que resuelta la cuestión criminal, y no pudiendo permitir que la madre de sus hijas ingresase en la cárcel, consintió en que no se ejecutara la pena personal, pero reservándose y dejando en pie todos los efectos del fallo, habiendo vivido desde entonces la B. fuera del domicilio conyugal, para librar á sus hijas del mal ejemplo dado y de los peligros que podían correr por las reprobadas inclinaciones de la misma; que ésta, por los motivos expuestos, carecía de capacidad moral y legal para tener en su compañía á las hijas, en beneficio de las cuales procedía la privación, ó cuando menos la suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte de la madre; y que no era ésta cónyuge inocente, antes bien resultaba ser cónyuge culpable, en virtud de la sentencia condenatoria de 31 de Octubre de 1884:

Resultando que Doña J. B. contestó: que después de sufrir durante una larga serie de años de su esposo, vicioso y degradado, el trato más vil y afrentoso que puede soñar el espíritu más perverso, hasta el punto de conducirla con engaño á una indefensión efectiva, aunque no legal, con motivo de sucesos preparados con monstruosa é incomprensible ruindad, hubo ella de incoar el pleito de divorcio, que era la contienda adecuada para rebatir todos los hechos y explicar los móviles, condiciones y circunstancias en que se desarrolló la tan cacareada causa de 1882, y allí fué todo discutido, sometido á prueba y resuelto en la sentencia cuyo cumplimiento se solicitaba:

Resultando que el Juzgado, por sentencia de 7 de Diciembre de 1897, después de hacer otros pronunciamientos en armonía con lo solicitado por Doña J. B. en su escrito de 20 de Junio de 1896, declaró no haber lugar á la entrega de las hijas del matrimonio, pretendida por dicha Doña J., declarando que aquéllas no debían quedar en su poder ni en el de D. F. S., sino en el de un tutor que se nombrara con arreglo á las disposiciones del Código civil, quedando por lo tanto suspensa la patria potestad de ambos respecto de dichas hijas; sin hacer expresa condena de costas:

Resultando que de esta sentencia, en cuanto al extremo que se deja consignado, apeló Doña J. B.; y sustanciado el recurso, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por la suya de 11 de Mayo del año próximo pasado, confirmó dicha sentencia apelada en cuanto á los extremos expresamente consentidos por la apelante, y la revocó en cuanto al referido, mandando que las hijas de aquélla, M. J. y A. S. B.,

fuesen puestas bajo su potestad y protección, practicándose al efecto los requerimientos y demás diligencias necesarias, sin especial condenación de costas de ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. F. S. y H. ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos:

Primero. El art. 171 del Código civil, en cuanto se deja de aplicar, y no se suspende la patria potestad de Doña J. B., cuando consta en forma fehaciente el ejemplo corruptor que ha dado á su hijas por el hecho de haber cometido adulterio, y llevádolo á efecto en la misma casa conyugal en que se hallaban dichas sus tres hijas, y realizándolo en el propio lecho del matrimonio, habiendo sido por ello condenada, como también su amante, por el delito de adulterio, á la pena de cuatro años de prisión correcional; estando además la resolución de la sentencia recurrida de que aquéllas sean puestas bajo la potestad y protección de la madre, en abierta oposición con la letra y el espíritu del citado artículo, en razón á que, protegiendo y amparando éste en su moral y buenas costumbres á los menores sujetos á la patria potestad, previene además medidas extraordinarias para evitar que sean envueltos en una atmósfera corruptora:

Segundo. El art. 73, núm. 2.°, párrafo 1.°, del mismo Código civil, que dice: «quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente», por su indebida aplicación en la sentencia recurrida, al mandar poner las hijas del matrimonio bajo la dirección y potestad de la B., que, si no ha sido declarada culpable por la sentencia de divorcio, es incuestionable que lo está antes por la sentencia sobre adulterio; y esa culpabilidad, aunque proclamada por el Tribunal civil, debe producir sus efectos al tratarse de la patria potestad, que es de índole temporal, y por eso corresponde al propio Tribunal civil conocer de este asunto y decidir en el mismo en el ejercicio de su legítima competencia, y sin que por ello se pueda considerar infringidas las disposiciones canónicas:

Tercero. El mismo art. 73, núm. 2.°, en su párrafo 2.°, que trata del caso en que fuesen culpables ambos consortes, por no haberse aplicado, pues que apareciendo la culpabilidad de la B., explicada en los dos motivos anteriores, la sentencia recurrida no provee de tutor á las tres referidas hijas, sin embargo de que semejante particular se halla previsto para el caso en dicha disposición legal; y

Cuarto. La sentencia de este Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1883, que declara corresponder á los Tribunales civiles el conocimiento de todos los asuntos de índole temporal, y que siendo de este orden el de la patria potestad, la Sala sentenciadora, al conocer de ella y decidiria, no infringe el cap. 20, sesión 24, *De reformatione,* del Concilio de Trento; pues por el texto de los considerandos de la sentencia recurrida se desprende que al resolver ella sobre esta cuestión de patria potestad, viene atemperándose exclusivamente á lo que declara y decide la sentencia sobre divorcio, dictada por el Tribunal eclesiástico, y abdicando ó prescindiendo, por otra parte, de conocer de la cuestión en el concepto que tenga como asunto de índole temporal, regulado por las leyes del orden civil y sometido á la jurisdicción ordinaria, criterio que se halla en antinomia con la doctrina declarada por este Tribunal Supremo en la sentencia citada, y que fué aplicada en el penúltimo considerando de la sentencia del Juzgado; siendo de tener presente que por aquella primera teoría jurídica resultaría que el Tribunal eclesiástico tendría facultades para calificar unos hechos sobre los cuales hubiese recaído declaración expresa por parte de los Tribunales ordinarios, y hasta para calificarlos

en contradicción con las declaraciones de estos últimos, mientras que, por otra parte, los Tribunales civiles deberían admitir la calificación efectuada por los Tribunales eclesiásticos sobre extremos de índole temporal, y en oposición con las declaraciones que sobre los propios antecedentes fuesen emanadas del Tribunal civil.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente de Piniés:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el art. 73 del Código civil, en concepto alguno, de los dos á que se refiere el recurrente, puesto que la Sala, mandando ejecutar en la parte relativa á los efectos civiles la sentencia firme que los produjo, pronunciada en el pleito de divorcio por el Tribunal eclesiástico que había estimado como cónyuge inocente á Doña J. B., no obstante la reconvención de D. F. S., aplicó debidamente el primer párrafo y no el segundo del núm. 2.º de dicho art. 73:

Considerando que tampoco infringe la sentencia el art. 171 del referido Código, porque si bien aquél confiere á los Tribunales la facultad de privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplo corruptores, es manifiesto que pueden usar discrecionalmente de tal facultad cuando en vista de las pruebas suministradas estimen que así procede en justicia; y no habiéndolo estimado en el presente caso, por virtud de la reclamación de S., no es impugnable en casación lo resuelto por la Sala sentenciadora, la cual, al decidir sobre el particular de que se trata, no desconoció su competencia; y por tanto, no infringió tampoco la doctrina legal consignada en la sentencia de este Tribunal de 29 de Mayo de 1883;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. F. S. y H., á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación corrrespondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.= Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la sentencia anterior por el Excmo. Sr. D. Vicente de Piniés, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 14 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 104.—TRIBUNAL SUPREMO.—17 de Marzo, pub. el 4 de Abril.

Casación por infracción de ley.—*Adjudicación de bienes.*—Sentencia declarando no haber lugar á los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por el Ayuntamiento de Manresa y el Hospital de San Andrés de Manresa contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Vidal Valls.

En sus considerandos se establece:

Que siendo expresa, terminante y clara la voluntad del testador de prohibir la formación de expediente de testamentaría y disponer que todo se cumpla de llano, sin intervención de Autoridad judicial,

la sentencia que declara improcedente la promoción del juicio universal de testamentaría se ajusta á la jurisprudencia y á los artículos 1101 y 1103 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que reconocida la amplitud de facultades de sus albaceas para dar cumplimiento á la voluntad del testador sin intervención de la Autoridad judicial, lo está también la personalidad del mismo para formular la oposición al juicio universal; y declarándolo así la sentencia recurrida, no infringe los arts. 1103, 1106, 1109 y 1110 de la ley procesal:

Que son inaplicables la ley 12, párrafo 4.º, libro 11, tít. 7.º del Digesto, De religionis, *y 1.ª y 3.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª, cuando en el testamento está comprendida la facultad necesaria para vender los bienes y distribuir el producto entre corporaciones ó entidades taxativamente designadas por el testador.*

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Marzo de 1899, en el juicio universal sobre adjudicación de bienes, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por el Ayuntamiento de Manresa, en el que también han sido parte el Hospital de San Andres de la última ciudad, D. Vidal Valls y Aymerich, Presbítero, vecino de Barcelona, como albacea único de Doña María de los Dolores de Foxá y de Miguel, y el Ministerio fiscal; pleito pendiente ante Nos, en virtud de los recursos de casación por infracción de ley que han interpuesto los referidos Ayuntamiento y Hospital, representando y defendiendo al primero el Procurador D. Antonio García Merás y los Licenciados D. Luis Silvela y D. Pedro Puig, éste en el acto de la vista, y al segundo el Procurador D. Felipe Górriz y los Letrados D. Pedro García Fernández y Fanjul y Mario Serratacó, éste en el acto de la vista, estando representado y defendido D. Vidal Valls por el Procurador D. Pablo de Figuerola Ferretti y Martí y el Letrado D. Modesto Lloréns:

Resultando que Doña María de los Dolores de Foxá y de Miguel, viuda en primeras nupcias de D. Francisco de las Infantas, y en segundas de D. José Florejachs, falleció en Barcelona el día 1.º de Abril de 1887 bajo testamento nuncupativo, otorgado en 15 de Junio de 1885 ante el Notario de aquella ciudad D. Antonio Gracias, por el cual instituyó heredero á su primo D. César de Foxá y Ballesteros, hizo varios legados, y consignó, entre otras cláusulas que no son del caso citar, las tres siguientes: «Ante todo nombra albaceas particulares á su estimado primo el noble Sr. D. César de Foxá y de Ballesteros, á D. Antonio María Quer, á D. Antonio Cristofol y al Reverendo D. Vidal Valls, Presbítero Sochantre de la parroquia de San Agustín de esta ciudad, á quienes juntos y á solas atribuye la señora testadora amplias facultades para el cumplimiento del cargo; ordena la señora testadora que después de su fallecimiento tan luego como sea posible, esto es, que no haya incidente ó impedimento alguno, sean vendidos y enajenados por los albaceas sobrenombrados, que á la sazón existan, tanto el manso Sadurní, del término de Monells, como el manso Guix, del término de Manresa, de propiedad de dicha señora testadora, y su producto, previo abono de comisión, á saber, del manso Sadurní, sea aplicado y repartido por partes iguales á favor de los Establecimientos de Beneficencia y conventos de monjas más necesitados de la ciudad de Gerona y su provincia; y del manso Guix, á favor de las Casas de Beneficencia de dicha ciudad de Manresa, Colegio de Padres Jesuítas y conventos de monjas también más necesitados de la misma ciudad; prohibe la señora testadora la formación del

expediente de testamentaría por razón de este su testamento, y quiere que todo se cumpla de llano, sin intervención jamás de Autoridad judicial»:

Resultando que en 1.º de Febrero de 1892, D. Antonio Cristofol y D. Vidal Valls, únicos albaceas que entonces existían de la indicada Doña María de los Dolores Foxá, en cumplimiento de lo ordenado por ésta con relación á la venta de los mansos Guix y Sadurní, cuya cláusula queda reseñada en el hecho que precede, publicaron las bases de subasta para la expresada venta, que habría de celebrarse el día 20 de los mismos mes y año, bajo diferentes condiciones que detallaron, y entre ellas las siguientes: que las aludidas fincas formarían dos lotes, constituído uno de ellos por el manso Guix y su anexo el manso Coll, valorado en junto en 36.000 duros, y el otro lote lo constituiría el manso Sadurní, valorado en 6.000 duros; que no se admitiría postura que no cubriese las dos terceras partes del valor del lote á que se refiera; que las cargas intrínsecas á que se encontrare afecta la finca adjudicada se rebajaría del importe del remate; que la subasta sería por medio de pliegos cerrados admisibles durante el plazo de media hora, á contar desde el momento que se declarase abierta; que para tomar parte en ella depositarían los licitadores previamente en poder del Notario autorizante el importe del 10 por 100 del valor señalado á la finca á que se refiriese la postura; y que la escritura de venta habría de firmase dentro de los quince días de haberse inscrito en el Registro de la propiedad las mencionadas fincas á nombre de los albaceas; y verificada la subasta el indicado día 20 de Febrero de 1892 ante el Notario de Barcelona D. Miguel Martí y Beya y en el despacho del mismo, por el D. Vidal Valls, como único albacea superviviente en tal fecha, fué adjudicado el primer lote, ó sea la heredad manso Guix y su anexo el manso Coll, á favor de Don Magín Gallifa y Gomis, vecino de Manresa, por el precio de 180.000 pesetas, del que había depositado previamente 10.000; y el segundo lote, ó sea el manso Sadurní, á favor de D. Alberto Camps, por 31.200 pesetas, con cuya adjudicación manifestaron estar conformes todos los licitadores, habiéndose devuelto acto seguido los correspondientes depósitos á los que no les fueron adjudicados:

Resultando que el mismo día 20 de Febrero en que se celebró la antedicha subasta, compareció ante el Notario de Barcelona D. José Ferrer, el Procurador y vecino de Manresa D. Ricardo Subirana, obrando en calidad de mandario que afirmó ser del Ayuntamiento de esta última ciudad, á fin de que protocolizara y notificase á D. Vidal Valls y D. Antonio Cristofol, que el expresado Ayuntamiento, como propietario del Colegio de Padres Jesuitas y patrono de las Casas de Beneficencia de la misma ciudad, tenía indiscutible y directo interés en el resultado de la subasta que se habían propuesto celebrar los albaceas de Doña María de los Dolores Foxá, en virtud de las disposiciones contenidas en el último testamento por ella otorgado, y que el compareciente, en su calidad de mandatario y legítimo representante de la mencionada Corporación municipal protestaba una y cuantas veces fuesen menester de la expresada subasta, en primer lugar, porque se habían cometido errores lamentables al describir la finca en los anuncios, y en segundo lugar, porque la inserción de aquéllos se limitó á algún periódico de Barcelona, en vez de publicarse como parecía natural en el *Boletín oficial* de la provincia, y en los periódicos y sitios públicos de las localidades donde radica el inmueble objeto de la venta; por lo que les requería también cuantas veces fuesen necesarias, á fin de que con mejor acuerdo dispusieran la suspensión de la subasta, y caso de oponerse á esto, tuvieran conocimiento de

la protesta que formulaba los postores y demás personas que desearan tomar parte en el remate; y que si á pesar de todo lo expuesto persistían los albaceas requeridos en seguir adelante los trámites de la subasta hasta la adjudicación de la heredad llamada Manso Guix, requiriesen á su vez al comprador de ella al objeto de que retuviere en su poder el precio de la venta ó adjudicación hasta que los repetidos albaceas hubiesen procedido á la división del dicho precio, requiriéndoles, finalmente, para el señalamiento del día en que juntamente con el comprador debía de hacerse entrega al Cabildo municipal de Manresa de la suma que le correspondía por el concepto expuesto:

Resultando que este requerimiento fué notificado el mismo día 20 de Febrero de 1892 á D. Vidal Valls, que manifestó ser entonces el único albacea de Doña María de los Dolores Foxá, por haber fallecido D. Antonio Cristofol el día 17 de aquel mes; contestando dicho D. Vidal en 22, por comparecencia ante el citado Notario de Barcelona D. José Ferrer: primero, que no reconocía la personalidad del requirente Subirana como apoderado que afirma ser del Ayuntamiento de Manresa, toda vez que en el requerimiento ni siquiera se citaban los poderes de aquella Corporación municipal que necesariamente debieron presentarse; y segundo, que era completamente inexacto se hubiese limitado el anuncio de la subasta á los periódicos de Barcelona, puesto que se han insertado también repetidas veces en los de Gerona y Manresa; por cuyas razones, y careciendo el Subirana de personalidad para hacer el requerimiento, caían por su base las manifestaciones en él contenidas; contestación que fué notificada en Manresa al Subirana el día 25 por medio de Notario, que dejó la oportuna copia en casa de aquél, que á la sazón se hallaba postrado en cama sufriendo una enfermedad gravísima:

Resultando igualmente que á instancia del D. Vidal Valls, como único albacea de Doña María de los Dolores de Foxá, se requirió á D. Magín Gallifa el 7 de Septiembre de 1892, en la ciudad de Manresa, para hacerle saber á los efectos de la subasta del manso Guix y su anexo manso Coll, de que había sido adjudicatario ó comprador, que dichas fincas se hallaban ya inscritas en el Registro de la propiedad á nombre del albacea requirente:

Resultando que fundado en estos hechos y acompañando copia de los documentos relacionados, y una certificación, según la cual pertenece por Reales cédulas de 21 de Agosto de 1769 el Colegio llamado de los Padres Jesuitas al Ayuntamiento de Manresa, dedujo éste en 30 de Septiembre de 1892 demanda repartida al Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona, solicitando se tuviera por presentada y admitida conforme á derecho, disponiendo que con toda urgencia, para la seguridad, custodia y conservación del precio del manso Guix y su anexo manso Coll, de que se trata, y cuyo precio, después de hecha la correspondiente declaración del derecho, había de ser entregado á los legatarios, que lo eran las Casas de Beneficencia, Colegio de Padres Jesuítas de Manresa y conventos de monjas más necesitados de la misma ciudad, se requiriera al comprador de aquellas fincas, D. Magín Gallifa y Gomis, propietario, vecino de Manresa, para que por todo ello el *día siete de Octubre próximo*, al concurrir al despacho del Notario de aquella ciudad Martí y Beya y firmarse á su favor la escritura pública de venta de las propias fincas, retuviera en su poder, y á disposición de este Juzgado, en mérito de los autos que se incoaren por virtud de la demanda de que se trata, el resto del precio que ha de satisfacer de la adjudicación ó remate á su favor de las referidas fincas, y á cuya venta se hace referencia, con el bien entendido que dicha retención de precio

es como siendo éste aplazado y con garantía hipotecaria de aquellas fincas para responder del mismo, lo cual se haga constar así en dicha escritura pública, así como que el propio Gallifa, mientras retenga en su poder el resto del precio mencionado, deberá satisfacer el interés del mismo á razón del 4 por 100 anual, depositándose estos intereses por vencido en la mesa del Juzgado ó en la Caja general de Depósitos de Barcelona, siempre que oportunamente se le ordene; disponer también que con el correspondiente mandamiento se hiciera saber todo lo que acaba de expresarse al susodicho Notario de la misma ciudad Martí y Beya, para que lo cumpla en toda su extensión, con las formalidades legales debidas, al autorizar la aludida escritura de venta, que debe pasar bajo su fe, según las bases de subasta; se mande así bien que el propio requerimiento expresado se hiciera saber al referido albacea único Don Vidal Valls en el modo y forma expresado, ordenándole que lo cumpla en todas sus partes y otorgase la referida escritura de venta como único albacea de la nombrada Foxá y de Miguel en favor del indicado Gallifa, como así procedía, según dichas bases de subasta, y mandándole además á dicho albacea único que consignase en la mesa del Juzgado la suma de *3.600 duros* que percibió del propio Gallifa como depósito hecho por éste para tomar parte en la mencionada subasta, ó en otro caso, presentarse los justificantes acreditativos de la inversión que hubiere dado á tal suma; y por último, disponer asimismo que se llamase por edictos á los que se creyeran con derecho á los bienes ó precio de que se trata, para que comparecieran á deducirlo en el término de dos meses, á contar desde la fecha de la publicación de aquéllos en la *Gaceta de Madrid,* guardándose en la expedición, fijación y publicación de dichos edictos los requisitos legales correspondientes; pretensiones que el Ayuntamiento demandante razonó, citando entre otros fundamentos de derecho lo dispuesto en los arts. 1101, 1102, 1103, 1106, 1107 y 1124 de la ley de Enjuiciamiento civil; sosteniendo estarse, por consiguiente, en el caso de promover y seguir el juicio universal que determina el tít. 11 del libro 2.º de la citada ley de Enjuiciamiento, toda vez que la testadora no prohibió esta clase de juicio ni facultó á los albaceas para declarar los conventos de monjas más necesitados de Manresa á que había de alcanzar el legado, declaración que sólo correspondía hacer á los Tribunales:

Resultando que por auto de 1.º de Octubre, el Juzgado, conforme en lo esencial de sus fundamentos con los alegados en la antes citada demanda, la admitió, mandando sustanciarla por los trámites establecidos en el tít. 11, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y que, en su consecuencia, se expidieran edictos en la forma determinada en el artículo 1108 de aquella ley, los que se publicarían y fijarían en los sitios públicos de Barcelona y Manresa, é insertarían en el *Diario de Avisos* y *Boletín oficial* de la provincia y en la *Gaceta de Madrid*, llamando á los que se creyesen con derecho á los bienes á que se refería la demanda, para que comparecieran á deducirlo en el término de dos meses; que se citara y emplazara desde luego al Abogado del Estado, en representación de éste, y que para la seguridad, custodia y conservación de los bienes objeto del juicio se requiriera á D. Vidal Valls, albacea único de Doña María de los Dolores de Foxá, á D. Magín Gallifa, rematante del manso Guix y su anexo Coll, y al Notario Martí, que había autorizado la escritura de venta para el otorgamiento de ella el 7 del mes que corría, á las once de su mañana, con asistencia del actuario, que se personaría al efecto en el despacho del expresado Notario y se haría cargo en el acto de la parte de precio que había de satisfacer el comprador Gallifa,

la constituiría á disposición del Juzgado en la Caja general de Depósitos, sucursal de la provincia; y que se requiriera además al D. Vidal Valls para que dentro de tercero día rindiese cuenta justificada de la inversión que hubiese dado á las 18.000 pesetas consignadas por el rematante Gallifa para tomar parte en la subasta, consignando á su vez en la mesa del Juzgado el saldo resultante, el cual se depositaría igualmente en el mismo establecimiento que quedaba indicado; y para llevar á efecto todas las enunciadas diligencias de seguridad, conservación y custodia, se formase pieza separada con testimonio del auto que se está refiriendo:

Resultando que formada dicha pieza separada, dictó en ella el Juzgado providencia del 4 del propio mes de Octubre de 1892, disponiendo se llevasen á efecto las diligencias acordadas en el referido auto de 1.° de aquel mes, el cual fué notificado el día 5 al albacea D. Vidal Valls, al comprador de la finca D. Magín Gallifa y al Notario Martí y Beya, requiriéndoles á los efectos prevenidos en aquélla resolución:

Resultando que el mencionado albacea D. Vidal Valls, representado por el Procurador D. Narciso Comadira, acudió á la pieza principal en escrito de 6 del mismo mes de Octubre, solicitando se dejara sin efecto el auto del día 1.°, con imposición de costas á la parte actora, de la que se reservaba reclamar los perjuicios que con su proceder le irrogaba, exponiendo sustancialmente en apoyo de su petición: que era de todo punto improcedente la aplicación al caso actual del procedimiento establecido en el tít. 11, libro 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil, que trata de la adjudicación de bienes á que están llamadas varias personas sin designación de nombres; que la cláusula del testamento de Doña María de los Dolores de Foxá designaba por sus nombres las personas entre las cuales había de hacerse la distribución del precio de la venta del manso Guix; que las casas de Beneficencia de Manresa, su Colegio de Padres Jesuítas y sus conventos de monjas más necesitados eran personas perfectamente designadas é individualizadas; que podrían suscitarse dudas acerca de si la parte de legado había de corresponder ó no á dichas entidades, pero que esto entrañaba una cuestión que no podía resolverse en el procedimiento que se pretendía; que las dificultades que pudieran surgir en la distribución exigirían á lo sumo una resolución fundada en la regla de interpretación de los testamentos; que además la testadora encargaba la distribución del legado á personas que fueran de su confianza; y que por todo ello el caso no estaba comprendido ni podía comprenderse en las disposiciones contenidas en el tít. 11, libro 2.° de la ley de Enjuiciamiento; y á este escrito recayó nuevo auto del siguiente día 7, teniendo por comparecido limitadamente para intervenir en definitiva en la distribución del legado de que se trata al Procurador Comadira, en representación del D. Vidal Valls, declarando no haber lugar á la admisión del recurso de reposición que se interponía, y mandándose notificar á dicho Procurador aquella resolución, dejando de hacerlo de las demás sucesivas hasta que lleguen los autos al trámite indicado; fundándose el Juzgado para hacer estos pronunciamientos en que, dados los términos del testamento de Doña María de los Dolores de Foxá, el compareciente D. Vidal Valls no tiene más carácter que el de albacea para vender la finca manso Guix y su anexo manso Coll, y distribuir su producto entre los legatarios por la misma llamados, sin que por la testadora se le concedan facultades para la declaración del derecho y la adjudicación de dichos bienes, lo cual incumbe, por lo tanto, exclusivamente al Juzgado que proveía por los trámites y en la forma de este juicio, tanto más procedente en cuanto algunas de las entidades legatarias no se ha-

llan designadas por sus nombres, como sucede con los establecimientos de Beneficencia y conventos de monjas pobres de Manresa, razón por la cual la personalidad de dicho albacea para ser parte é intervenir en estos autos, en los que son llamados á intervenir por ministerio de la ley el Abogado del Estado y las personas, entidades y corporaciones que se crean con derecho á los bienes legados, ha de quedar limitada exclusivamente á los efectos que le atribuye el testamento, ó sea para verificar la distribución del producto de las mencionadas fincas después que en definitiva se haya hecho la declaración del derecho y la adjudicación á los partícipes:

Resultando que contra este auto, fecha 7 de Octubre, interpuso Don Vidal Valls el mismo día recurso de apelación, que le fué denegado por providencia del 8, así como también se le desestimó en otro auto del 13 la reposición que solicitó de aquella negativa, no dándose tampoco lugar, finalmente, en providencia del 15, á la expedición del testimonio que para recurrir en queja al Tribunal Superior había solicitado:

Resultando que en esta situación comparecieron ante el Juzgado, y fueron tenidos por parte en los autos, el Abogado del Estado y el Hospital civil de San Andrés de Manresa, si bien el primero desistió de continuar interviniendo en las diligencias cuando éstas se hallaban pendientes de tramitación en la Audiencia de Barcelona, porque, según las instrucciones recibidas de la Dirección general de lo Contencioso, no afectaba al Estado la adjudicación de bienes de que se trata, careciendo, por tanto, de razón de ser la concurrencia de dicha abogacía en este pleito:

Resultando que deducido por D. Vidal Valls, en escrito de 18 de Octubre de 1892, recurso de queja ante la Audiencia de Barcelona contra la negativa del Juzgado, que, según queda dicho, ni le admitió la apelación que interpuso, ni le expidió el testimonio que en su consecuencia había solicitado, mandó la Sala primera de lo civil de dicho Tribunal, en providencia de 24 de dicho mes, expedir carta-orden al Juez de primera instancia para que informase con justificación; y evacuado el informe, recayó el 14 de Diciembre siguiente auto de la misma Sala, declarando haber lugar á la queja, y que el Juzgado había debido admitir en ambos efectos la apelación interpuesta por la representación de D. Vidal Valls contra el auto de 7 de Octubre último, ordenándole remitiese los autos originales, de conformidad con lo prevenido en el art. 387 de la ley de Enjuiciamiento civil, por considerar para ello que el auto del día 1.º de Octubre afecta á las disposiciones testamentarias de Doña Dolores Foxá, cuyo cumplimiento, por lo menos en parte muy principal, tiene encomendado D. Vidal Valls, dada su calidad de único albacea viviente, como afecta á la entrega del precio de un contrato de venta del manso Guix de Manresa, procedente de la herencia que en uso de las especiales y expresas facultades inherentes á su cargo otorgó dicho albacea, á quien fué notificado; que mientras es incontestable el hecho de su notificación, no cabe afirmar, como lo hace el fundamento 1.º del auto de 13 de Octubre, que D. Vidal Valls deje de formar parte en el juicio de que emana este recurso, ni que la notificación que se le hizo del citado auto, dictado el día 1.º de aquel mes, consistiera únicamente en el requerimiento allí acordado respecto del mismo, por constituir éste una diligencia legalmente distinta de la de la notificación y no constar que se practicara el uno omitiéndose la otra, ni menos que así expresamente se ordenase; que idéntico en sus efectos el auto denegatorio del recurso de reposición de las providencias y autos de que habla el art. 377 de la ley procesal, el que deniega la admisión de ese recurso, y más riguroso todavía que aquél por denegar á quien lo ejercita hasta su discusión y defensa, se

halla fuera de duda que en uno como en otro procede aplicar la disposición del art. 380, que concede el recurso de apelación, en cuyo sentido el Juez del distrito del Hospital debió haber admitido la que por parte del Presbítero Valls le fué interpuesta; que el citado auto de 1.º de Octubre, al que se refiere como consecuencia el de 7 del propio mes, decide sobre inteligencia y cumplimiento de cláusulas testamentarias, sobre las facultades que en orden y con apoyo de ellas pretende el único albacea pertenecerle y hasta acerca de un contrato de venta otorgado por el mismo, lo cual, de llevarse á ejecución inmediatamente, irroga al apelante notorios é irreparables perjuicios; de modo que la apelación deducida cae dentro de la prescripción contenida en el art. 384, caso 3.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo, por lo tanto, de aplicar así éste como el 400 de la misma:

Resultando que remitida, en su consecuencia, á la Sala la pieza principal de autos, lo fueron también posteriormente los demás ramos separados en virtud de lo mandado por aquel Tribunal en providencia de 31 de Diciembre, dictada á petición de D. Vidal Valls, y de la cual suplicó sin resultado el Hospital de San Andrés:

Resultando que hallándose ya todas las diligencias del Juzgado en la Sala, suscitó el Hospital de San Andrés un incidente de nulidad de actuaciones, que fué desestimado, no dándose tampoco lugar á admitir ni tramitar la demanda incidental que más tarde promovió el Ayuntamiento de Manresa contra la providencia en que la Sala tuvo al Abogado del Estado por apartado de los autos; de cuya negativa suplicó el Ayuntamiento, impugnando la súplica D. Vidal Valls y desestimándola la Sala en auto de 23 de Mayo de 1893, que á la vez mandó citar y emplazar al Ministerio fiscal, sin entenderse por ello prejuzgada ninguna de las cuestiones objeto de la apelación, y al único fin de evitar nulidades que pudieran existir si se dejara de citar y emplazar á quien en la hipótesis de interesar el juicio á personas inciertas debiera ser parte en autos; lo cual motivó un nuevo incidente de nulidad de actuaciones, que tampoco fué admitido por parte del Hospital de San Andrés:

Resultando que decididas también diversas pretensiones de D. Magín Gallifa, que compareció ante la Audiencia y desistió más tarde de ser parte en la apelación, fué ésta tramitada con arreglo á derecho, teniendo lugar la vista previa citación del Ministerio fiscal y de las representaciones de D. Vidal Valls, del Ayuntamiento de Manresa y del Hospital de San Andrés de la misma ciudad; y la Sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de Barcelona, en sentencia de 17 de Junio de 1896, revocó el auto apelado; declaró al Presbítero D. Vidal Valls, albacea testamentario de Doña María de los Dolores de Foxá y de Miguel, con personalidad y derecho para interponer el recurso de reposición denegado por aquel auto; y estimándolo procedente, dejó sin efecto el otro auto de 1.º de Octubre de 1892, condenando al Ayuntamiento de Manresa en las costas de primera instancia, sin hacer especial imposición de las de la segunda:

Resultando que el Ayuntamiento de Manresa ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero (2.º del recurso). Infracción de los arts. 1101 y 1103 de la referida ley, y de la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Mayo de 1870, en el concepto de que siendo llamados por la testadora á participar del precio de la venta de los mansos Sadurní y Guix, entidades que reunen ciertas circunstancias, pero

sin designarlas por sus nombres, la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes debe hacerse con sujeción á los trámites establecidos en el tit. 11 del libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, en el concepto también de que el Ayuntamiento de Manresa tiene derecho á promover el juicio universal regulado en dicho título de la ley procesal, por ser otro de los legatarios, como propietario del Colegio de Padres Jesuítas de aquella ciudad y Patrono de las Casas de Beneficencia de la misma, y últimamente, porque por muy amplias que sean las facultades que el testador conceda á los albaceas testamentarios, nunca puede autorizarles para resolver una cuestión legal, como ocurriría indefectiblemente en el presente caso, en que, si se sostuviera la sentencia recurrida que deja sin efecto el auto de 1.º de Octubre de 1892, teniendo por promovido el juicio universal, el albacea único, Reverendo D. Vidal Valls haría por sí y ante sí la designación de los legatarios llamados por la testadora bajo la denominación genérica de Casas de Beneficencia y conventos de monjas más necesitados de la ciudad de Manresa y de la de Gerona y su provincia, lo cual implica una verdadera cuestión legal, que sólo á los Tribunales compete decidir; y

Segundo. (3.º del recurso). Infracción de los arts. 1103, 1106, 1109 y 1110 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto la sentencia recurrida reconoce implícitamente personalidad y derecho al albacea para ser parte en el juicio universal; infringiéndose también la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Junio de 1883 aplicable por analogía al presente caso, y á tenor de lo cual el albacea bajo este carácter, ó el de contador y partidor, no puede ser parte en el juicio voluntario de testamentaría, por amplias que sean las facultades que el testador le haya concedido:

Resultando que el Hospital de San Andrés de Manresa interpuso también recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal como comprendido en el párrafo 1.º del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las infracciones siguientes:

Primera. La de los artículos 1101 y 1103 de la ley procesal, porque la sentencia recurrida viene á reconocer en su único fundamento jurídico que el testamento de Doña Dolores de Foxá contiene un ordenamiento de parte de los bienes á favor de personas que se hallan en el caso prescrito en el art. 1101 de la ley de Enjuiciamiento civil, es decir, de personas no designadas por sus nombres, que han de reunir ciertas circunstancias para que, declarándose su derecho, tomen su parte en la distribución, á pesar de lo cual la Sala sentenciadora cierra la puerta del juicio universal especial establecido en el tít. 11, libro 2.º de la mencionada ley, al Ayuntamiento de Manresa, y con él al Hospital de San Andrés y á las demás entidades que pudieran creerse con derecho á los bienes legados por Doña Dolores de Foxá, haciendo una aplicación impropia del art. 1103 de la ley de Enjuiciamiento; y

Segunda. La de la ley 12, párrafo cuarto, Digesto, *De religionis* (libro 11, tít. 7.º); 1.ª y 3.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª, y la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Mayo de 1870, cuyas disposiciones fijan el concepto de los albaceas particulares, considerándoles simples mandatarios, apoderados ó encargados, sin otras facultades que las que el testador haya designado taxativamente; en cuanto la sentencia recurrida extiende las atribuciones de los albaceas particulares nombrados por Doña Dolores de Foxá á cosas y casos para los cuales no están taxativamente facultados, suponiéndolos investidos del poder, no ya de vender y repartir el producto de los bienes legados, que es lo único para lo que cabe admitirles competencia, sino además del de

apreciar por sí mismos cuáles sean las entidades que por reunir las circunstancias que exigió la testadora tengan derecho *á ser partícipes en el reparto.*

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que siendo expresa, terminante y clara la voluntad de la testadora al prohibir la formación de expediente de testamentaría y disponer que todo se cumpla de llano sin intervención jamás de Autoridad judicial, la sentencia recurrida, que declara improcedente la promoción del juicio universal de que se trata, se ajusta á las leyes y jurisprudencia que se suponen infringidas en los dos primeros motivos de los recursos admitidos, y especialmente al art. 1103 de la ley de Enjuiciamiento civil, que lo prohibe cuando el testador disponga algo que lo impida, como lo ha dispuesto en el presente caso:

Considerando que reconocida la amplitud de facultades concedidas al albacea para dar cumplimiento á la voluntad de la testadora sin intervención de la Autoridad judicial, lo está también la personalidad del mismo para formular la oposición á dicho juicio universal, y que al así declararlo la sentencia recurrida no se infringen las leyes y doctrina citadas en el segundo motivo del recurso del Ayuntamiento de Manresa, por ser inaplicables al caso presente:

Considerando que igualmente lo son las invocadas en la segunda infracción del recurso del Hospital de San Andrés de dicha ciudad, por estar comprendida en la expresión de la cláusula testamentaria la facultad necesaria para vender los bienes y distribuir el producto entre corporaciones ó entidades taxativamente designadas por la testadora, sin la limitación que presuponen los motivos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación por infracción de ley que han interpuesto el Ayuntamiento de Manresa y el Hospital de San Andrés de dicha ciudad, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbre á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, devolviéndola los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=Pedro Lavín.= Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 17 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 105.—TRIBUNAL SUPREMO.—18 de Marzo, pub. el 16 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY. — *Nombramiento de amigables componedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Rafael y D. Juan Torras contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Salvador y D. Paulino Torras.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la preexistencia de un pacto por el cual se haya sometido algún asunto mercantil á la decisión de amigables componedores, cons-

tituye, en el caso previsto por el art. 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, una condición necesaria para que en acto de jurisdicción voluntaria puedan nombrarse los componedores que han de resolver el asunto á que el pacto se refiera, aunque alguno de los interesados se negase tácita ó expresamente á nombrarlo por su parte; y no es posible reputar como cierto el pacto cuando lo desconociere alguno de los supuestos contratantes, ni resolverse esta diferencia dentro del expediente de jurisdicción voluntaria, porque además de oponerse á ello la naturaleza jurídica de este acto, se opone la ley, que circunscribe y limita su objeto, según va dicho, al nombramiento de los componedores para la decisión del asunto determinado en el compromiso; infiriéndose de ello y de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, á tenor del citado artículo, que la oposición hecha al nombramiento por algún interesado no produce los efectos suspensivos determinados en el art. 1817 de la mencionada ley de Enjuiciamiento, cuando, lejos de impugnar el opositor, admite la certeza del compromiso, su validez y su eficacia obligatoria; pero que en caso contrario, ó sea el de poner la obligación en tela de juicio, ha de aplicarse dicho precepto legal, suspendiendo el expediente y remitiendo la resolución de la controversia al juicio contencioso adecuado:

Que dado el influjo que la oposición de parte interesada tiene sobre el curso del expediente, según que se funde ó no en causas que afecten á la realidad del compromiso, no cabe admitir que se rechace sin examen, siendo, por el contrario, preciso estimarla ó desestimarla, á lo que no se opone la regla 4.ª del art. 2111.

Que la providencia mandando citar á las partes para el nombramiento de amigables componedores, no tiene fuerza de auto definitivo si no puso término al expediente ni fué consentida.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Marzo de 1899, en las diligencias de jurisdicción voluntaria sobre nombramiento de amigables componedores, incoadas en el Juzgado de primera instancia del distrito del Parque de Barcelona por D. Rafael y D. Juan Torras y Juvinyá, comerciantes, vecinos de dicha ciudad, hoy incidente seguido en dicho Juzgado y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por dichos hermanos Torras y Juvinyá con D. Salvador y D. Paulino Torras y Domenech, fabricante é industrial, vecinos de Barcelona y de San Juan de las Fonts respectivamente; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los Torras y Juvinyá, representados por el Procurador D. Pablo de Figuerola Ferrety y dirigidos por el Licenciado D. Ricardo Ventosa, y en el acto de la vista el Letrado D. Alvaro María Camín; habiéndolo estado los Torras y Domenech por el Procurador D. Antonio Bendicho y el Doctor D. Salvador Raventós:

Resultando que D. Rafael y D. Juan Torras y Juvinyá pidieron al Juzgado de primera instaancia del distrito del Parque de Barcelona, en escrito de 14 de Abril de 1897, al que acompañaron un libro de actas de la Sociedad Sucesores de Torras Hermanos, y certificación de un acto conciliatorio celebrado por D. Salvador Torras Domenech con aquéllos en 22 de Marzo anterior, que se citara dentro del término del art. 2176 de la ley de Enjuiciamiento civil á los hermanos D. Salvador y D. Paulino Torras y Domenech, á D. Juan Basols y Ríus, D. José Plandiura y Oliveras y á ellos, á fin de que comparecieran á la presencia judicial para nombrar amigables componedores que resolviesen, dentro del plazo

que se les señalara, la cuestión de si la escritura pública de constitución de Sucesores de Torras Hermanos, Sociedad en comandita, había de otorgarse con estricta sujeción á los acuerdos adoptados en el acta suscrita por todos los interesados en 24 de Junio de 1896, ó bien con las modificaciones de estos acuerdos, resultantes de los adoptados en sesiones de 30 de Septiembre, 1.º de Octubre y 30 de Diciembre del mismo año, ó fuese con la supresión del cargo de Director de la fábrica social, la eliminación de la Compañía de D. Paulino Torras, y la entrega á éste del capital que tenía impuesto en la Asociación y de los beneficios que le correspondían por el tiempo que formó parte de la misma; y todas las demás cuestiones consiguientes y emergentes de la expresada para llegar á la firma de la escritura social:

Resultando que en apoyo de esta pretensión expusieron dichos hermanos Torras y Juvinyá, de conformidad con lo que aparece del libro y certificación por los mismos presentados, que en la sesión celebrada en 5 de Junio por D. Rafael Torras y Juvinyá y D. Salvador Torras, que por escritura pública tenían constituída la Sociedad mercantil colectiva Sucesores de Torras Hermanos, acordaron aquéllos que desde 24 del mismo mes dejaría de ser socio colectivo el D. Salvador, pasando á ser comanditario; continuaría la Sociedad bajo la gerencia y firma del Don Rafael, que podría dedicarse á cualquier negocio ó industria, inclusa la de fabricar papel; se consideraría como socios á D. Juan Torras y Juvinyá y D. Paulino Torras y Domenech, que de hecho venían interesados en la Compañía; se admitirían de común acuerdo uno ó dos socios comanditarios con el capital y las condiciones que se creyeran necesarias, y en el mismo día 24 se extendería en el libro otra acta que suscribirían aquellos cuatro y el nuevo ó los nuevos socios comanditarios, por considerarse que desde entonces todos formarían parte de la Sociedad, sin perjuicio de que más adelante se otorgara la correspondiente escritura pública; que en el acta fechada en dicho día 24 de Junio de 1896, y suscrita por D. Rafael y D. Juan Torras y Juvinyá, D. Salvador y D. Paulino Torras y Domenech, D. Juan Basols y Ríus y D. José Plandiura y Oliveras, se expresaba que acordaron todos, entre otros pactos: primero, que D. Rafael y D. Salvador Torras admitían como socios colectivos á D. Juan y D. Paulino Torras, y como comanditarios á Basols y á Plandiura, y todos convenían en que el D. Salvador sería comanditario; segundo, que todos se conformaban con los acuerdos tomados en el acta del día 5; tercero, que la razón social sería la de Sucesores de Torras Hermanos, Sociedad en comandita; continuaría dedicándose á la fabricación y venta de papel, y tan pronto se hubiese obtenido la inscripción en el Registro de la casa-fábrica y fincas anejas, se procedería á la formación de escritura pública entre todos los seis socios, bajo la base de los acuerdos que hacían constar en este acta; séptimo, que la dirección, administración y firma en asuntos mercantiles, civiles y administrativos se conferirían á D. Rafael Torras, y la firma y representación para los negocios mercantiles, á Don Juan y á Don Paulino Torras; duodécimo, que los socios celebrarían por lo menos una reunión cada trimestre, haciendo constar en el acta los acuerdos que tomasen, entendiéndose prestada su conformidad á los mismos si dejaban pasar ocho días sin hacer manifestación alguna; y vigésimotercero, que cualquiera duda ó dificultad en el cumplimiento de los anteriores acuerdos y en la marcha de la Compañía, se resolvería por medio de amigables componedores; que después de celebrar los socios en el mes de Julio otras tres sesiones, en la reunión trimestral de 30 de Septiembre convocada por la gerencia, y á la que asistieron D. Salvador Torras Dome-

nech, y D. Juan y D. Rafael Torras Juvinyá y un Notario para dar fe, se discutió, entre otros particulares, la conveniencia de suprimir el cargo de Director de la fábrica, conferido en 24 de Junio de aquel año á D. Paulino Torras Domenech, protestando D. Salvador Torras Domenech de los acuerdos que se tomaron y retirándose, siendo luego aprobada la proposición por los otros dos concurrentes; acuerdo de que se dió noticia por carta á los otros socios, que no hicieron ninguna manifestación dentro de los ocho días; que en el siguiente 1.º de Octubre reuniéronse en sesión extraordinaria D. Salvador Torras Domènech, D. Rafael y Don Juan Torras Juvinyá, con asistencia también del indicado Notario, para deliberar acerca de si procedía la rescisión parcial de la Sociedad y separación de ésta de D. Paulino Torras Domenech, oponiéndose á la discusión D. Salvador Torras mientras no se cumpliese el pacto sexto, y dando su aprobación los otros, comunicándose el acuerdo, que no fué protestado; que en la reunión trimestral de 31 de Diciembre, á que asistieron D. Rafael y D. Juan Torras Juvinyá, D. Juan Basols, D. José Plandiura y el Notario, el Gerente, después de exponer lo relativo á la marcha de la Sociedad, propuso se tratara de la manera de liquidar con Don Paulino Torras Domenech, sobre la base de devolverle íntegro su capital y la parte de beneficios, acordándose por unanimidad autorizar á dicho Gerente para que liquidara en la forma que estimase conveniente; acuerdo también comunicado, y á que no hizo manifestación alguna Don Salvador Torras; y que éste citó á conciliación á D. Rafael y D. Juan Torras Juvinyá, para que se aviniesen á elevar á escritura pública los acuerdos de la reunión ó sesión de 24 de Junio de 1896, y en caso de oponerse, á tener por nulo y sin valor ni efecto el citado convenio; á lo que contestaron dichos demandados que estaban dispuestos á otorgar la referida escritura con sujeción á los acuerdos contenidos en el acta expresada y á las modificaciones consiguientes de 30 de Septiembre, 1.º de Octubre y 30 de Diciembre:

Resultando que el Juzgado, en providencia de 24 del mismo mes de Abril de 1897, admitió el referido escrito y mandó practicar la citación en él pedida; y en su virtud, comparecieron los hermanos D. Rafael y D. Juan Torras Juvinyá, quienes en 18 de Mayo siguiente designaron su amigable componedor:

Resultando que en el inmediato día 19, los hermanos D. Salvador y D. Paulino Torras Domenech se opusieron á la pretensión de aquéllos, deduciendo demanda incidental de previo pronunciamiento, para que se declarase que, hasta tanto fuese debidamente escriturado é inscrito en el Registro mercantil el convenio de 24 de Junio de 1896, no había materia legal, ni podían venir ellos obligados al nombramiento de amigables componedores, y convertido, en su caso, en contencioso este expediente, se remitiera á las partes á usar de su derecho donde y como creyeran conveniente, con imposición de todas las costas á los hermanos Torras y Juvinyá:

Resultando que por providencia del posterior día 20 de Mayo, el Juzgado hubo por propuesta la anterior demanda incidental, declaró desde luego contencioso el expediente y se reservó acordar á su tiempo lo que en derecho procediera en prosecución del curso legal del mismo; y acusada la rebeldía por los hermanos Torras y Juvinyá, en escrito del 21, á los hermanos Torras y Domenech, á Basols y á Plandiura, que no habían comparecido, acordó el Juzgado en el mismo día se estuviera á lo dispuesto en la providencia del 20 y que quedaran los autos en la mesa para resolver lo demás procedente:

Resultando que contra las dos referidas providencias entablaron re-

curso de reposición los hermanos Torras y Juvinyá, invocando los artículos 2111, 2175, 2176 y 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, y pidiendo se dejasen aquéllas sin efecto en cuanto tenían por propuesta la demanda incidental de previo pronunciamiento, formulada por los Torras y Domenech, y declaraban contencioso el expediente, y que en su lugar se resolviera no haber lugar á admitir dicha demanda, se proveyera de conformidad con lo solicitado por ellos en su escrito de 21, se nombraran de oficio los amigables componedores que con él tenían designado entendieran en el negocio que se discutía, y se reservara á los hermanos Torras y Domenech el derecho de que se creyeran asistidos para que lo utilizaran como y donde correspondiera:

Resultando que impugnado el recurso por los Torras y Domenech, el Juzgado, por auto de 3 de Junio de 1897, declaró no haber lugar á reponer las providencias de 20 y 21 de Mayo, y á Basols y á Plandiura en rebeldía, y por tanto, decaídos de su derecho respecto al nombramiento de amigables componedores; se reservó acordar lo procedente en derecho respecto de estos últimos tan luego se hubiese sentenciado y terminado por sentencia ejecutoriada el incidente promovido por los hermanos Torras y Domenech, y mandó estar por ahora á lo acordado en las citadas providencias de 20 y 21 de Mayo; resolución de que apelaron los hermanos Torras y Juvinyá, y fué confirmada, con imposición á éstos de las costas de la alzada, por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona en sentencia de 4 de Febrero del año próximo pasado:

Resultando que con el depósito de 1.000 pesetas han interpuesto Don Rafael y D. Juan Torras y Juvinyá recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo los números 1.° y 5.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, y como infringidos:

Primero. En cuanto la sentencia recurrida, no dando lugar á la reposición de la providencia de 20 de Mayo, declara contencioso el expediente y subordina la resolución que haya de recaer sobre el nombramiento de amigables componedores al resultado de la demanda deducida por los hermanos Torras y Domenech, cuyo objeto primordial consiste en que no se haga el nombramiento en méritos del expediente al efecto incoado, infringe el art. 2111 de la ley de Enjuiciamiento civil, especialmente aplicable al caso, como formando parte de las reglas generales que establecen la tramitación de los autos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, y la jurisprudencia establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1896, porque dicho artículo dispone que «cuando para los hechos de que se trata—en el expediente que se promueva—no se hayan establecido reglas especiales, además de las disposiciones generales de la primera parte de este libro —el 3.°—que les fuesen aplicables, se observarán en su tramitación las reglas siguientes»; de cuyo precepto se sigue, con gran claridad, que no ha de acudirse ni han de aplicarse á los expedientes de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio las reglas generales de la primera parte del libro 3.° de la ley procesal, entre las cuales figura el art. 1817, único que ha podido tener y que ha tenido presente la Sala sentenciadora para declarar contencioso el de que se trata, cuando existen reglas especiales para la tramitación de lo que es objeto del mismo: y como quiera que estas reglas existen para aquellos que tienen por objeto el nombramiento de amigables componedores, y son las contenidas en los preceptos de los arts. 2175 y 2176 de la mencionada ley, es consiguiente que al declarar contencioso el expediente se infringe el artículo citado, siendo tanto más notoria la infracción, cuanto que entre las reglas esta-

blecidas por dicho art. 2111 no figura ninguna que determine que el expediente haya en algún caso de convertirse en contencioso, sino que determinan las garantías que el legislador estimó convenientes para que no puedan sufrir perjuicios las personas á quienes las actuaciones que se promueven puedan afectar, según cuales fueren las diferentes clases á que pueden pertenecer; y previenen en la regla 4.ª que, cualquiera reclamación que esas otras personas formulen fuera de los casos relativos á la identidad y capacidad legal de las personas concurrentes, sólo dará lugar á que se les reserve su derecho para que puedan ejercitarlo donde y como lo estimen conveniente, pero no á pedir y obtener que el expediente se declare contencioso, para discutir en forma de juicio si ha lugar ó no á lo que es objeto del mismo; y atento sin duda á estas consideraciones la citada sentencia de este Tribunal Supremo, declaró que existía verdadera incompatibilidad entre el art. 1817 y los 2175 y 2176 de la ley procesal; y que el 1817 no era aplicable á los casos regulados por la misma ley, como lo es el de nombramiento de amigables componedores:

Segundo. La ley 23, tít. 17, libro 50 del Digesto, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 31 de Octubre y 21 de Diciembre de 1866, según las cuales, «los pactos lícitos deben cumplirse»; el art. 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que cuando se haya estipulado que la resolución de algún asunto se sujete á la decisión de amigables componedores, el nombramiento de éstos se hará con arreglo á los trámites establecidos en los artículos precedentes—2175 y 2176—, ó sea como lo habían solicitado los recurrentes y como lo acordó el Juzgado en la providencia de 24 de Abril de 1897; y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Abril de 1896, que declara que los trámites establecidos para el nombramiento de árbitros en dichos arts. 2175 y 2176 son aplicables al de amigables componedores, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2177, cuando se hubiese estipulado someter á su decisión cualquier asunto mercantil; de suerte que si consta la existencia del pacto por documento sin haberse impugnado, sino antes bien admitido, así la autenticidad del instrumento, como la validez y eficacia de la obligación contraída, y si el compromiso se refiere á un contrato mercantil, pueden los interesados requerir la intervención judicial para que se lleve á efecto el nombramiento, aun contra la voluntad del que á ello se opusiere; porque en el presente caso D. Rafael Torras y Juvinyá y D. Salvador Torras y Domenech, en la escritura pública de la Sociedad Sucesores de Torras Hermanos, estipularon que cualquiera duda ó divergencia que surgiera entre ellos se decidiría por amigables componedores; igual estipulación suscribieron los mismos, sus respectivos hermanos D. Juan y D. Paulino y D. Juan Basols y D. José Plandiura al modificar la manera de ser de dicha Sociedad por medio del acta-convenio de 24 de Junio de 1896; documentos ambos cuya autenticidad y eficacia ha sido reconocida, no sólo por los recurrentes, sino también por los hermanos Torras y Domenech, en tanto que fundan en el primero la demanda incidental admitida por la Audiencia de Barcelona, y han demandado á conciliación á sus demás consocios para que eleven el segundo á escritura pública, en los mismos términos y con los mismos pactos en que se halla extendido; el pacto no puede ser más lícito, pues no sólo está permitido, sino que hasta se halla impuesto algunas veces por la ley; y como quiera que no cabe duda de que se refiere á un asunto mercantil, como lo es la conversión de una Sociedad colectiva en comandita y consiguiente constitución de ésta, es evidente que la sentencia que impide el nombramiento de amigables

componedores, porque á ello se opone uno de los interesados, infringe las leyes y reglas de jurisprudencia citadas; y

Tercero. El párrafo 2.º del art. 1818 de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuyo tenor, en los expedientes de jurisdicción voluntaria, no es lícito al Tribunal variar las resoluciones que tengan fuerza de definitivas y contra las cuales no se haya interpuesto ningún recurso, porque á esta clase corresponde la providencia de 24 de Abril de 1897, que ordena proceder al nombramiento de amigables componedores en la forma establecida por los arts. 2165 y 2166 de la propia ley, que era el objeto primordial y único del expediente; y sin embargo, esta providencia definitiva, y contra la que no se interpuso recurso, ha sido sustancialmente modificada por el aludido fallo, que al confirmar el auto de 14 de Junio del mismo año, lo deja sin efecto y admite una discusión contenciosa acerca de si ha ó no lugar á verificar dicho nombramiento, infringiendo, por tanto, el citado art. 1818.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que la preexistencia de un pacto por el cual se haya sometido algún asunto mercantil á la decisión de amigables componedores, constituye, en el caso previsto por el art. 2177 de la ley de Enjuiciamiento civil, una condición necesaria para que en acto de jurisdicción voluntaria puedan nombrarse los componedores que han de resolver el asunto á que el pacto se refiera, aunque alguno de los interesados se negase tácita ó expresamente á nombrarlo por su parte; y que no es posible reputar como cierto el pacto cuando lo desconociere alguno de los supuestos contratantes, ni resolver esta diferencia dentro del expediente de jurisdicción voluntaria, porque además de oponerse á ello la naturaleza jurídica de este acto, se opone la ley, que circunscribe y limita su objeto, según va dicho, al nombramiento de los componedores para la decisión del asunto determinado en el compromiso; infiriéndose de ello y de la doctrina establecida por este Tribunal Supremo, á tenor del citado artículo, que la oposición hecha al nombramiento por algún interesado no produce los efectos suspensivos determinados en el art. 1817 de la mencionada ley de Enjuiciamiento, cuando, lejos de impugnar el opositor, admite la certeza del compromiso, su validez y su eficacia obligatoria; pero que en caso contrario, ó sea el de poner la obligación en tela de juicio, ha de aplicarse dicho precepto legal, suspendiendo el expediente y remitiendo la resolución de la controversia al juicio contencioso adecuado:

Considerando que, dado el influjo que la oposición de parte interesada tiene sobre el curso del expediente, según que se funde ó no en causas que afecten á la realidad del compromiso, no cabe admitir que se rechace sin examen, siendo, por el contrario, preciso estimarla ó desestimarla, á lo que no se opone la regla 4.ª del art. 2111, citada en el recurso, por referirse á otros actos de jurisdicción voluntaria, distintos del presente; siendo, en consecuencia de ello, improcedentes los dos primeros motivos, donde se parte del concepto erróneo de que la oposición debe rechazarse de plano, sea cual fuere su fundamento, para impugnar el fallo recurrido, mediante el cual se confirmó la providencia del Juzgado en que se dió curso al incidente de previo y especial pronunciamiento promovido por los hermanos Torras Domenech, para que, declarándose contencioso el expediente, se suspendiese su curso y se reservara á las partes el ejercicio de su derecho donde y como vieren convenirles:

Considerando que la providencia del Juzgado en que se mandó citar á las partes para el nombramiento de amigables componedores no tiene

fuerza de auto definitivo, porque ni puso término al expediente, ni fué consentida, sino antes bien impugnada mediante la citada demanda incidental; por lo cual es visto que no se ha cometido la infracción alegada en el tercero y último motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Rafael y D. Juan Torras y Juvinyá, á quienes condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.= Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 18 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 106.—GRACIA Y JUSTICIA.—20 de Marzo, pub. el 9 de Abril.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS confirmando la negativa del Registrador de la propiedad de Gerona á inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que la facultad de constituir hipoteca voluntaria por medio de apoderado ha de ejercitarse con poder especial para contraer este género de obligaciones, *según prescribe el art. 140 de la ley Hipotecaria.*

Ilmo. Sr. En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario Don Emilio Saguer Olivet contra la negativa del Registrador de la propiedad de Gerona á inscribir una escritura de préstamo hipotecario, pendiente en este Centro en virtud de apelación de dicho Notario:

Resultando que por escritura de 17 de Noviembre de 1880, D. Antonio Figueras y Oliveras confirió poder general á su hermana Doña Narcisa, entre otras cosas, para que pudiera cancelar hipotecas y «vender perpetuamente ó á carta de gracia, ceder y de otra manera traspasar ó enajenar cualesquiera fincas rústicas ó urbanas, derechos, créditos y acciones que en la actualidad posea ó tenga el otorgante y adquiera en lo sucesivo, ya en pleno dominio ó proindiviso con otros, á las personas y por los precios, pactos y condiciones que tenga por conveniente»:

Resultando que la expresada Doña Narcisa Figueras y Oliveras, por sí y como apoderada de su hermano el referido D. Antonio, en virtud de la escritura de poder que queda relacionada, otorgó con fecha 2 de Septiembre de 1897, ante el Notario D. Emilio Saguer y Olivet, á favor de Doña Dolores Nató y Llach, escritura de hipoteca voluntaria en garantía de un préstamo de 2.500 pesetas, ó sea de 1.250 que había recibido en nombre propio, y de otras 1.250 como apoderada de su citado hermano, sobre dos terceras partes indivisas de una heredad conocida por manso Cleda, situada en el término de Esponella, de las cuales dos terceras

partes, una pertenecía á la otorgante y la otra al hermano de la misma, en cuya representación y en nombre propio á la vez obraba:

Resultando que presentada esta escritura en el Registro de la propiedad, se inscribió sólo por lo que atañe á la hipoteca constituída por Doña Narcisa Figuerns y Oliveras sobre su tercera parte indivisa de heredad en garantía del préstamo á ella hecho de 1.250 pesetas, y no se admitió la inscripción de la que dicha señora constituyó en representación de su hermano D. Antonio sobre la otra tercera parte proindiviso, para asegurar igual cantidad, por ser notoria la ineptitud ó incapacidad legal de la Doña Narcisa, ya que de la escritura de mandato, entre las muchas y diversas facultades que le fueron conferidas, na aparece la de hallarse autorizada para tomar á préstamo y constituir hipoteca:

Resultando que el Notario autorizante, D. Emilio Saguer, interpuso recurso gubernativo contra la negativa del Registrador, solicitando se declare que la escritura de hipoteca que motiva este recurso se halla extendida con arreglo á las formalidades y prescripciones legales, y que es, en su consecuencia, inscribible en todas sus partes, exponiendo á este efecto lo siguiente: que si bien es cierto que la escritura de poder no faculta expresamente al apoderado para hipotecar ni tomar dinero á préstamo, es indudable que virtualmente le confiere esta facultad, puesto que le autoriza para *ceder*, traspasar ó enajenar cualesquiera fincas, *derechos*, etc., y la hipoteca no es otra cosa que la cesión al acreedor del derecho condicional de compeler al dueño á enajenar la finca gravada, según la Resolución de este Centro de 15 de Diciembre de 1891, y la doctrina consignada en el tít. 28, libro 8.° del Código de Justiniano; tít. 5.°, libro 20 del Digesto; ley Hipotecaria, arts. 131 y 133, y Código civil, artículo 1858: que es principio de derecho consignado en las leyes 21, 110 y 113 del tít. 17, libro 50 del Digesto, y confirmado por la Resolución de 29 de Mayo de 1890, que quien puede lo más puede lo menos; por lo cual el apoderado que está facultado para vender, que es lo más, lo está igualmente para hipotecar, que es lo menos, ya que la hipoteca en el fondo viene á ser una venta bajo condición suspensiva; que á tenor de la ley 46, libro 17, tít. 1.° del Digesto; art. 1715 del Código civil, y la citada Resolución de 29 de Mayo de 1890, el apoderado en un asunto que es susceptible de varios procedimientos, puede escoger el que le parezca más ventajoso, y siéndolo más el préstamo hipotecario que la venta, no puede decirse que el mandatario haya traspasado los límites del poder:

Resultando que, oído el Registrador, sostuvo su calificación é informó: que nadie puede contratar en nombre de otro sin estar autorizado al efecto, y que para poder constituir hipoteca es preciso mandato expreso, según prescriben los arts. 139 y 140 de la ley Hipotecaria; que cada acto ó contrato tiene su esencia y naturaleza especial, y no es lo mismo, por consiguiente, hipotecar que vender ó ceder; que son impertinentes las citas legales que hace el recurrente, porque aquí no se trata de más ó de menos, sino de una omisión absoluta, de la carencia de facultades para hipotecar, las cuales no pueden depender del arbitrio del apoderado; y que ni en las Resoluciones invocadas por dicho recurrente, ni en ninguna otra, se ha declarado que el mandatario facultado para vender pueda hipotecar, aunque no esté autorizado para ello:

Resultando que el Juez Delegado declaró que la escritura de préstamo hipotecario de que se trata se halla extendida con arreglo á las formalidades y prescripciones legales, y que es, en su consecuencia, en su totalidad inscribible, fundándose en consideraciones análogas á las aducidas por el recurrente:

Resultando que el Presidente de la Audiencia, en virtud de apelación

del Registrador, revocó el auto apelado y confirmó la nota denegatoria de este funcionario, por considerar que el ánimo del otorgante de la escritura de poder no fué seguramente comprender en ella lo necesario para constituir hipoteca, ya que en otro caso, y á la manera que consignó expresamente las necesarias facultades para la cancelación de hipotecas, no hubiera prescindido, según lo hizo, de consignar lo conveniente para hacer tal autorización extensiva también á la constitución de las mismas, y que «siendo el contrato de hipoteca uno de los que por su naturaleza y trascendentales consecuencias exige expresa y terminante autorización, cuando, como en el presente caso sucede, haya de formalizarse por quien, sin ser el interesado directamente, obre en nombre y representación, y sin que en modo alguno, por inducción ó suposiciones más ó menos fundadas, pueda entenderse tales facultades incluídas entre las concedidas para otros actos ó contratos»:

Visto el art. 140 de la ley Hipotecaria:

Considerando que Doña Narcisa Figueras y Oliveras no tiene capacidad legal para otorgar en concepto de apoderada de su hermano D. Antonio la escritura de hipoteca que es objeto del presente recurso, porque la facultad de constituir hipotecas voluntarias por medio de apoderado ha de ejercitarse *con poder especial para contraer este género de obligaciones*, según prescribe el art. 140 de la ley Hipotecaria, y el poder en cuya virtud ha otorgado la referida escritura no es de esta clase, puesto que no contiene autorización *especial* para hipotecar, ni menciona siquiera este concepto;

Esta Dirección general ha acordado confirmar la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. I. á los efectos consiguientes. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 20 de Marzo de 1899.=El Director general, Bienvenido Oliver.=Sr. Presidente de la Audiencia de Barcelona.

Núm. 107.—TRIBUNAL SUPREMO—21 de Marzo, pub. el 3 de Abril.

COMPETENCIA.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal de Burgos la promovida con el de igual clase del distrito de Palacio de Madrid, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. Antolín Abad contra el Director de los Caminos de hierro del Norte de España.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que la primera regla de competencia para el conocimiento de las acciones personales, salvo el caso de sumisión, es el lugar del cumplimiento de la obligación:

Que según tiene sentado el Tribunal Supremo especialmente en sus decisiones de 16 de Abril y 24 de Junio de 1898, la devolución de lo cobrado por error debe hacerse en el punto donde se efectuó el pago indebido, y tratándose de transportes, en que no conste haberse verificado el pago de su precio en el lugar de expedición, ha de presumirse que se realizó en el de la entrega de las mercancías transportadas:

Que acumuladas voluntariamente por el actor en su demanda varias reclamaciones para que sean resueltas á la vez por el mismo Juzgado, mientras esta acumulación se mantenga, el conocimiento debe atribuirse al que sea competente para el mayor número de ellas.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1899, en la competencia pendiente ante Nos, entablada por requerimiento de inhibición del Juzgado municipal de Burgos al de igual clase del distrito de Palacio de esta capital en el conocimiento de una demanda de juicio verbal entablada por D. Pío Rebollo Alonso, Procurador, como apoderado de Don Antolín Abad Ibáñez, contra el Director de la Compañía de los Caminos de hierro del Norte de España, ambos domiciliados en esta población, sobre pago de pesetas; de cuyas partes únicamente se ha personado en este Tribunal Supremo la precitada Compañía, representada por el Procurador D. Luis Lumbreras y defendida por el Licenciado D. José Martínez Agulló:

Resultando que D. Pío Rebollo Alonso, como apoderado de D. Antolín Abad, con fecha 28 de Noviembre de 1898 formuló ante el Juzgado municipal del distrito de Palacio de esta corte demanda de juicio verbal contra el Director de la Compañía de los Caminos de hierro del Norte de España, sobre que se aplicase el precio de 13 pesetas tonelada que con el carácter de concesión creó la Compañía á las expediciones detalladas en el estado que producía, y devolviera lo que correspondiese, que no excedía de 250 pesetas, intereses y costas; á cuya demanda acompañó un estado, en el que se enumeran nueve expediciones, verificadas en los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 1885, desde Santullano y Ablaña, una de ellas á Miranda y las demás á Burgos, expresando haberse cobrado de más en los portes de todas 212 pesetas:

Resultando que emplazada en esta corte la Compañía demandada, acudió al Juzgado municipal de Burgos en solicitud de que requiriera de inhibición al de Madrid, á lo que accedió aquél, de acuerdo con el dictamen del Ministerio fiscal, por entender: que conforme se determina en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, cuando en los juicios se ejercitan acciones personales, siendo indudable, por tanto, que ejercitándose en el de que se trataba una acción personal, debía conocer de él el Juez donde debió cumplirse la obligación, y en consecuencia, el de aquella ciudad, que era el lugar en que la Compañía hizo entrega de las mercancías transportadas; que según la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Abril de 1898, en cuestión de competencia entre los Juzgados que ahora contienden sobre una reclamación igual á ésta, se decidió aquélla á favor del de Burgos, atendiendo á la consideración expuesta y á que la devolución de lo pagado por error debe hacerse en el punto en que se efectuó el pago de lo indebido; que las obligaciones que se derivan del contrato de transporte se cumplen, así las del porteador como las del remitente, en el lugar de la entrega de las mercancías transportadas, por cuya razón, siendo aquella ciudad la estación de destino de las mercancías, allí se hizo el pago de lo indebido, y allí era donde procedía entablar la reclamación, siendo, por tanto, aquel Juzgado el único competente, conforme á lo dispuesto en el art. 363 del Código de Comercio; y que, á mayor abundamiento, las Reales órdenes de 1.º de Febrero y 14 de Mayo de 1887 confirmaban la doctrina expuesta:

Resultando que impugnada dicha inhibición por el demandante y per el Fiscal municipal, se negó á inhibirse el Juzgado del distrito de Palacio, considerando al efecto: que al entablar la demanda se hacía solicitando la aplicación de un precio concesional á determinadas partidas, por haber disfrutado de este beneficio otros consignatarios, de lo que se deducía que no se trataba del cumplimiento de ningún contrato, sino de una obligación puramente personal, comprendida por ello en la regla 1.ª

del art. 62 y párrafo segundo del 65 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo conocimiento competía á aquel Juzgado; que, á mayor abundamiento, la Compañía demandada tenía en esta corte, y demarcación del Juzgado que proveía, la Dirección y las oficinas del tráfico é intervención que habían indudablemente de entender en la reclamación deducida, por hacerse en la primera las tarifas y precios concesionales, y en la segunda las tasas y destasas de las expediciones que circulan por sus líneas, sin que para nada intervenga el lugar donde se cumplió el contrato, que quedó terminado con la entrega del objeto porteado; y que, por último, tampoco sería competente el Juzgado de Burgos respecto de la partida destinada á Miranda, por serlo el de este último punto, caso de prevalecer lo resuelto por el Juzgado requirente; insistiendo á su vez en el requerimiento el Juzgado de Burgos, por las razones que tenía expuestas:

Resultando que, en su consecuencia, cada uno de los predichos Juzgados ha remitido sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo, emitiendo el Ministerio fiscal dictamen favorable á la competencia del de Burgos.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José de Garnica:

Considerando que la primera regla de competencia para el conocimiento de las acciones personales, salvo el caso de sumisión, es el lugar del cumplimiento de la obligación:

Considerando que, según tiene sentado el Tribunal especialmente en sus decisiones de 16 de Abril y 24 de Junio de 1898, la devolucion de lo cobrado por error debe hacerse en el punto donde se efectuó el pago indebido, y que, tratándose de transportes, en que no conste haberse verificado el pago de su precio en el lugar de expedición, ha de presumirse que se realizó en el de la entrega de las mercancías transportadas:

Considerando que acumuladas voluntariamente por el actor en su demanda varias reclamaciones para que sean resueltas á la vez por el mismo Juzgado, mientras esta acumulación se mantenga, el conocimiento debe atribuirse al que sea competente para el mayor número de ellas; por cuya razón no obsta para resolver el presente conflicto á favor del Juzgado municipal de Burgos, que una de las nueve expediciones, de que se reclama devolución del precio de transporte, fuese destinada á Miranda;

Fallamos que debemos declarar y declaramos corresponder el conocimiento de la mencionada demanda al Juzgado municipal de Burgos, al que con la oportuna certificación se remitan, á los efectos procedentes, todas las actuaciones elevadas á este Tribunal Supremo con motivo de la presente competencia, cuyas costas se declaran de oficio; comunicándose esta resolución al de igual clase del distrito de Palacio de esta corte.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=José de Garnica. =Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.

Publicación=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Aldecoa, Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de ella.

Madrid 21 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 108.—TRIBUNAL SUPREMO.—21 de Marzo, pub. el 4 de Abril.

COMPETENCIA.—*Constitución del consejo de familia.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal del distrito de la Universidad de Madrid la promovida con el de igual clase de Cartagena, sobre conocimiento del expediente producido por Doña Concepción Peláez para la constitución del consejo de familia del menor Crisanto Muñiz.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que para que exista conflicto jurisdiccional entre dos Juzgados, es indispensable, en primer término, que el uno se halle conociendo de asunto en que el otro pretenda entender:

Que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un asunto, la tienen también, según el art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, para todas sus incidencias, para llevar á efecto las providencias y autos que dicten, y para la ejecución de lo en él resuelto:

Que aplicando la precedente doctrina, es indiscutible la competencia del Juez municipal que constituyó un consejo de familia para entender en la provisión de las vacantes, sin perjuicio, si ocurriese el caso de duplicidad de consejos y de tutores, del derecho que puedan tener los interesados para ejercitar las acciones de que se crean asistidos en el juicio y en forma adecuada.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Marzo de 1899, en la competencia pendiente ante Nos entre los Juzgados municipales del distrito de la Universidad de esta corte y el de la ciudad de Cartagena, por haber requerido de inhibición el segundo al primero en el conocimiento del expediente de constitución del consejo de familia del menor Crisanto Muñiz y Corral, promovido por Doña Matilde Corral y Peláez y por Doña Concepción Peláez y Zúñiga, madre y abuela respectivamente del mismo; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo ninguna de las partes litigantes:

Resultando que en escrito de 16 de Julio de 1896, Doña Concepción Peláez acudió al Juzgado municipal del distrito de la Universidad de esta corte manifestando que su nieto Crisanto Muñiz Corral, huérfano de padre y de diez años de edad, que por el segundo matrimonio de su madre Doña Matilde Corral y Peláez debiera tener consejo de familia, carecía de representación legal por el abandono de los llamados á hacerlo: que su marido D. Leovigildo Corral y Rodríguez, abuelo materno del menor y sus hermanos D. Andrés y D. José María, á quienes correspondía el cumplimiento de este deber, no lo habían verificado á su tiempo, ni era de esperar cosa alguna respecto del primero, por tener abandonados sus propios hijos, hallándose separado de la sociedad conyugal hacía más de diez años y no disfrutar medios de vivir conocidos, lo cual constituía la incapacidad prevenida en el art. 237, núm. 5.º, del Código civil, y además, tanto él como sus citados hermanos habían incurrido también en la prohibición establecida en el núm. 11 del mismo artículo, en relación con el 293, para formar el consejo de familia; por lo cual, haciendo uso de la autorización que le concedían los arts. 211, núm. 3.º, y 293 del citado Código, proponía para constituir el consejo de familia á su primo hermano D. Ubaldo Peláez Bujalance, único pa-

riente que existía y que también firmaba el escrito; á D. Juan Martínez Eguílaz, D. Facundo Valverde Cazorla, D. José de la Torre Cañete y Don Nicolás Dalmau Sánchez, para completar el número de vocales, como personas honradas, siendo todos vecinos de esta corte:

Resultando que D. Leovigildo, D. Andrés y D. José María Corral Rodríguez se opusieron á la constitución del consejo de familia en la forma propuesta por la Doña Concepción Peláez, por estimar que no existían las causas de incapacidad que ésta les imputaba, solicitando en su consecuencia que se nombrara tutor al primero, ó sea al D. Leovigildo, abuelo materno del menor, y vocales á sus hermanos D. Andrés y Don José María; y el Juzgado municipal de la Universidad, en auto de 14 de Septiembre de 1896, de conformidad con el Fiscal, declaró á D. Andrés y D. José María Corral Rodríguez incapaces para ser vocales del consejo de familia del menor Crisanto Muñiz Corral, por hallarse comprendidos en la causa 11.ª del art. 237 del Código civil; no dando lugar á hacer igual declaración respecto de D. Leovigildo Corral para el cargo de tutor, por ser esto de la competencia del consejo de familia; y pedida reforma de este auto por D. Leovigildo y sus hermanos D. Andrés y Don José María, previo informe del Fiscal y escrito de Doña Concepción Peláez oponiéndose, fué denegada por otro proveído de 6 de Octubre siguiente:

Resultando que en 15 del mismo mes acordó el Juzgado requerir á Doña Matilde Corral, madre del menor, para que designara á los parientes por ambas líneas hasta completar el número de cinco, conforme á lo dispuesto en el art. 294 del Código civil, cuyo requerimiento tuvo efecto en 17 del propio mes en esta corte, manifestando que los únicos parientes cercanos de su hijo eran D. José María, D. Andrés y D. Leovigildo, este último abuelo del menor, pero que los tres se encontraban incapacitados por las razones indicadas en el primer escrito que motivó el expediente y lo dispuesto en el art. 237 del Código civil, y que después de éstos eran parientes más cercanos en Madrid D. Ubaldo Peláez Bujalance, tío de la exponente, y D. Facundo Valverde Cazorla, pariente también por su esposa, y amigos de la familia D. Juan Martínez de Eguílaz, D. Nicolás Dalmau Sánchez, D. José de la Torre Cañete y Don Antonio María Vegel:

Resultando que en vista de las anteriores manifestaciones, y después de los trámites legales necesarios, se constituyó en 26 de Octubre de 1896 el consejo de familia de que se trata, con los referidos parientes y amigos designados por la madre del menor, eligiendo por unanimidad presidente á D. Nicolás Dalmau Sánchez; y como posteriormente hubiese éste renunciado su cargo y fuese elegido tutor D. Facundo Valverde, que era otro de los vocales, acudió el último al Juzgado proponiendo el nombramiento de D. Juan Peláez Brusco y D. Salvador de los Ríos, pariente el primero del menor, y el segundo como vecino honrado, para completar el consejo de familia; á cuya pretensión acordó el Juzgado, de conformidad con el Fiscal, se requiriese á la madre del menor, Doña Matilde Corral, para que manifestara si estaba conforme con que las personas indicadas por el tutor fuesen las que hubieran de sustituir á los dos vocales que habían dejado de serlo:

Resultando que librado con tal motivo exhorto á Cartagena, donde reside la Doña Matilde, al notificársele, contestó: que se oponía en absoluto á la constitución del indicado consejo de familia formado á su hijo Crisanto, porque ella tiene y conserva la patria potestad, por haberla adquirido con gran anterioridad al régimen del Código civil y regirse por tanto en todos sus efectos por la ley de Matrimonio civil, sin que hasta

la fecha ningún Tribunal la hubiese privado de ella, sino, al contrario, el Juzgado de Cartagena la tenía admitida su personalidad á tal extremo en autos de abintestato y testamentaría de Doña Asunción Muñiz Baeza, de la que su hijo es otro heredero; que esta patria potestad la ha ejercido sin contradicción ninguna desde la muerte del padre del menor hasta el día, administrando los bienes de éste y cobrando sus rentas, y que el consejo de familia formado en Madrid lo ha sido á espaldas y contra su voluntad, siendo nulo todo lo actuado, por ser incompetente el Juzgado ante quien se halla aquél constituído, por ser Cartagena domicilio del padre, el de la dicente su madre, y el que siempre ha tenido dicho menor su hijo, á cuyo Juez correspondería conocer, máxime cuando en Cartagena viven y residen los únicos parientes del menor llamados por la ley para consejo; que ninguno de los que forman éste ni de las dos personas que se trata de incluir para reconstituirlo son parientes del menor, aun cuando alguno se llame Peláez, ni son conocidos de la declarante, ni lo fueron tampoco del padre del menor, que jamás estuvo en Madrid; de modo que todas son personas desconocidas y extrañas y totalmente insolventes; y por ello sería una temeridad, contra la que protestaba, entregar á tales sujetos la guardia de los intereses del menor, consistentes en títulos de acciones del Banco de España de fácil desaparición; que con las rentas de los bienes del menor su hijo, que vive y ha vivido siempre en su compañía, subsisten ambos sin otros medios; y habiendo pretendido retener tales rentas el consejo de familia que en Madrid se le nombrara para otorgarlos como frutos por pensión al tutor, aunque éste ninguna obligación tenía que cumplir, porque jamás ha alimentado al menor, hacen creer, y desde luego denunciaba al Juzgado, que la formación clandestina de tal consejo tiende á privar de los únicos recursos para la vida á la exponente y su hijo, dejándolos de este modo en la absoluta miseria, puesto que su segundo marido la abandonó hace más de cinco años y se encuentra en ignorado paradero; que para la formación de tal consejo de familia se han infringido los artículos 294 y 297 del Código civil, puesto que el menor tiene parientes en Cartagena, que son tíos carnales, á quienes debiera habérseles invitado, y por todo ello rogaba al Juez municipal de Madrid exhortante que declarase improcedente el consejo, por tener la exponente la patria potestad de que no ha sido privada, ó, en otro caso, inhibirse del conocimiento en favor del municipal de Cartagena, para que éste, con los parientes del menor, constituyese el consejo ó subsanara los vicios cometidos:

Resultando que cumplimentado en esta forma el exhorto librado para requerir en Cartagena á Doña Matilde Corral, y devuelto al Juzgado municipal exhortante del distrito de la Universidad de Madrid, dictó éste, de conformidad con el Fiscal, auto en 1.º de Julio de 1897, declarando, entre otros particulares que no son del caso citar, la procedencia de la constitución del consejo de familia del menor Crisanto Muñiz, y que no había lugar á resolver acerca de las demás solicitudes de nulidad formuladas por su madre Doña Matilde en la diligencia de requerimiento, por ser necesaria previamente la declaración de parte en este expediente y que se intente en forma tal pretensión:

Resultando que ante el Juzgado municipal de Cartagena, á instancia de Doña Matilde Corral y Peláez, madre del menor Crisanto Muñiz y Corral, se incoó expediente para la formación del consejo de familia de dicho menor, y por acta fecha 24 de Abril de 1897 quedó constituído por los vocales D. Federico Valverde Peláez, D. Félix Sánchez Juan, Don Juan Aroca Velasco, D. José Londres y Méndez y D. José Palomares y Peláez, todos vecinos de aquella ciudad; y nombrado presidente de di-

cho consejo el último de éstos, presentó escrito al Juzgado en 4 de Agosto siguiente, manifestando: que en el Juzgado municipal del distrito de la Universidad de Madrid, por personas desconocidas, tanto de los padres como de los parientes del menor, se trataba de completar un nuevo consejo de familia al mismo; que la ley no podía consentir pluralidad de consejos de familia ni duplicidad de tutores, y como en el consejo formado en Cartagena, que se encontraba en funciones, se había observado lo prevenido por la ley, incluso la justificación del parentesco, por acuerdo de dicho consejo recurría en solicitud de que se requiriera de inhibición al Juez municipal del distrito de la Universidad de Madrid, jurando no haber hecho uso de la declinatoria de jurisdicción, y se le oficiase para que se abstuviera de seguir conociendo en el consejo de familia formado ante él; fundado, además de otras razones, en que Don Crisanto Muñiz Baeza, padre del menor, siempre fué vecino de aquella ciudad, en donde tuvo lugar su fallecimiento; en que la madre, Doña Matilde Corral, es y ha sido siempre de aquella vecindad, y que, por tanto, el menor ha tenido y tiene constantemente el domicilio de los padres, para lo cual citó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso:

Resultando que en la misma fecha, Doña Matilde Corral, madre del menor, presentó escrito, en que, abundando en las mismas razones que el presidente, D. José Palomares, optaba por la validez del consejo de familia formado ante el Juzgado de aquella ciudad de Cartagena, y porque era preciso que el tutor tuviera el mismo domicilio que ella, si se habían de ajustar á las prescripciones del art. 264, párrafo 1.º, del Código civil; y el Juzgado municipal de Cartagena, de conformidad con el dictamen fiscal, acordó requerir de inhibición al de la Universidad de Madrid para que dejara de conocer en la formación ó rectificación del repetido consejo de familia formado al menor Crisanto Muñiz:

Resultando que librado el correspondiente exhorto con oficio inhibitorio al Juzgado municipal de la Universidad de esta corte, resolvió éste no haber lugar á tener por propuesta la competencia entablada por el Juzgado de Cartagena, el cual insistió en la inhibitoria; y en su virtud, elevaron ambos Juzgados sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de Diciembre de 1897 declaró mal formada la competencia y que no había lugar á decidirla, por considerar que, requerido de inhibición el Juez municipal del distrito de la Universidad de esta corte por el de igual clase de Cartagena, dictó á continuación del oficio inhibitorio, que fué devuelto al Juez requirente, auto, por el cual declaró de plano no haber lugar á tener por propuesta la competencia, con infracción del art. 89 de la ley de Enjuiciamiento civil, que impone á los Jueces ó Tribunales requeridos de inhibición el deber ineludible de acordar la suspensión del procedimiento y oir á las partes que ante él hubieren comparecido, y al Ministerio fiscal en su caso, por cuya razón adolece la tramitación de esta contienda de defectos sustanciales que impiden resolverla:

Resultando que devueltas las actuaciones á los Jueces contendientes, con certificación de lo resuelto por este Tribunal Supremo en su referida sentencia de 20 de Diciembre de 1897, el presidente del consejo de familia constituído en Cartagena, D. José Palomares Peláez, acudió á aquel Juzgado municipal en escrito de 17 de Mayo de 1898, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, suplicándole se declarase competente para conocer en cuantas incidencias se susciten en la formación del consejo de familia del menor Crisanto Muñiz Corral, é igualmente competente para la constitución del expresado consejo, y en su virtud,

dirigir oficio inhibitorio al Juzgado de igual clase de la Universidad de Madrid para que suspenda el procedimiento, con remisión de las diligencias que tuviere practicadas; y oído el Fiscal municipal, que entendió ser procedente el requerimiento de inhibición, lo estimó el Juzgado municipal de Cartagena en auto de 14 de Junio último, por considerar al efecto: que según lo dispuesto en el art. 201 del Código civil, la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, y que el art. 209 del mismo texto legal estatuye que cuando por diferentes personas se hubiese nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo en primer lugar al elegido por el padre ó por la madre del menor; precepto que por analogía debe tenerse en cuenta para los consejos de familia, tanto más cuanto que el art. 298 de dicha ley establece que las causas que excusan, inhabilitan ó dan lugar á la remoción de los tutores y protutores son aplicables á los vocales del consejo de familia, habiendo promovido el consejo de familia en este Juzgado la madre del menor, Doña Matilde Corral; que el art. 294 del Código civil establece las personas llamadas á desempeñar el cargo de vocales del consejo de familia, y que dichas personas son las que lo constituyen en el consejo formado en este Juzgado al referido menor, según información testifical recibida; que en Cartagena falleció el padre del menor; que aquí reside éste y su familia; que aquí se alimenta y recibe educación: datos necesarios y que no pueden alegarse en el constituído en el Juzgado municipal de la Universidad de Madrid; y que lo dispuesto en el núm. 17 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, que designa como Juez competente para conocer en el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores ó curadores el del domicilio del padre ó de la madre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto, el del domicilio del menor ó el de cualquier lugar en que tuviera bienes inmuebles, disposición que indudablemente comprendería á los consejos de familia, á no haberse promulgado posteriormente que la ley de procedimientos, el Código civil:

Resultando que librado el oportuno oficio inhibitorio, el tutor nombrado por el consejo de familia constituído en Madrid, D. Facundo Valverde Cazorla, y el Ministerio fiscal, impugnaron la inhibición ante el Juzgado municipal de la Universidad, que declaró no haber lugar á ella en auto de 18 de Julio último, fundando su competencia en las siguientes consideraciones legales: que el consejo de familia á que este expediente se refiere fué constituído por acta de fecha 26 de Octubre de 1896, mucho antes, por tanto, de la fecha en que hubo de solicitarse la formación del que ha tenido lugar en la ciudad de Cartagena en 24 de Abril de 1897, según aparece de autos y del testimonio de la sentencia de este Tribunal Supremo declarando mal formada esta competencia, y que las diligencias incoadas con posterioridad en el expediente tramitado en este Juzgado no han tenido otro objeto que la designación de dos vocales para cubrir las vacantes que por causa de incompatibilidad y excusa, admitidas por el consejo á dos de sus individuos, hubieron de dejar en el mismo, hecho que conviene hacer constar para dejar sentado que este expediente fué terminado por la constitución del repetido consejo en 26 de Octubre de 1896; que las razones alegadas por el Juzgado requirente respecto á los extremos de ofrecer el consejo constituído en aquella localidad mayores garantías al menor, por haber sido designados sus individuos por la madre del mismo y ser éstos los parientes más allegados de aquél, no tiene valor legal alguno en derecho, y en caso contrario, no sería favorable esta argumentación, pues siempre se ha procedido en el expediente instruído en este Juzgado á instancia de Doña Matilde

Corral, que es la que asimismo designó los individuos que lo constituyen, mostrando su conformidad con la remoción de sus parientes Don Andrés y D. José María Corral, según resulta de la diligencia de requerimiento á Doña Matilde, llevada á cabo en esta corte con fecha 17 de Octubre de 1896, cuyo contenido guarda tan poca armonía con lo manifestado por la misma al contestar á otro requerimiento que á instancia de este Juzgado y por virtud de exhorto hubo de hacérsele por el de Cartagena, resultando tales contradicciones, que hacen suponer la existencia de responsabilidades ulteriores para Doña Matilde Corral; que si bien es cierto que con arreglo á lo dispuesto en la regla 17 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, en armonía con lo resuelto por este Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Marzo de 1894, no existiendo en el Código civil precepto alguno que determine la competencia del Juez municipal para constituir un consejo de familia, debe regirse ésta por lo que preceptúa la citada regla 17 de la ley procesal, no deja de serlo asimismo que esta jurisprudencia no puede hallarse en contradicción con lo que dispone la misma ley de procedimientos en su art. 56, determinando como primera regla de competencia la sumisión expresa ó tácita á un Juzgado; sumisión que, con arreglo á lo dispuesto en el número 2.º del art. 58 de la misma ley de Enjuiciamiento, resulta plenamente comprobada por los actos realizados por Doña Matilde Corral, que aparecen del requerimiento antes referido; que aun en la hipótesis de que hubiera el Juzgado de atenerse para fijar su competencia al último domicilio del causante de la tutela, también resulta de autos que cuando tuvo lugar la formación de este consejo se hallaba la madre del menor, que por el hecho de contraer segundas nupcias dejó sin representación legal á su hijo, viviendo en esta corte y en término de esta jurisdicción, no habiéndose tratado de justificar en forma alguna ante el Juzgado requirente que en aquella localidad tuviera su domicilio habitual y fuera sólo accidental su residencia en esta corte; que á mayor abundamiento, existe como razón poderosa y definitiva para sostener la competencia de este Juzgado, la de que, con arreglo á lo prescrito en el art. 76 de la ley de procedimiento civil, no pueden ser objeto de cuestión de competencia aquellos asuntos terminados por auto ó sentencia firme, en cuyo caso se encuentra el que nos ocupa, pues una resolución judicial ha puesto término al mismo y tiene el carácter de definitiva, puesto que resuelve y pone fin á un expediente, quedando únicamenie el derecho á la persona que de él se juzgue asistido, si cree existen vicios ó defectos que invaliden la constitución de este consejo, de ejercitar la acción ordinaria de nulidad en el juicio declarativo correspondiente; y que por todas las razones expresadas, entiende el que provee que no debe aceptar el requerimiento de inhibición que se le ha hecho por el Juzgado de igual clase de la ciudad de Cartagena, y sostener su competencia:

Resultando que el Juzgado municipal de Cartagena insistió en la inhibitoria por él promovida, y comunicada así al del distrito de la Universidad de esta corte, remitieron ambos sus respectivas actuaciones á este Tribunal Supremo.

Siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que para que exista conflicto jurisdiccional entre dos Juzgados, es indispensable en primer término que el uno se halle conociendo de asunto en que el otro pretenda entender, y en este concepto el requerimiento de inhibición, hecho por el municipal de Cartagena al de igual clase del distrito de la Universidad de esta corte, no obstante la generalidad y vaguedad de los términos en que se hace, no puede tener

más referencia que al conocimiento de las diligencias instruídas por este último para proveer las vacantes de dos vocales, ocurridas en el consejo de familia del menor Crisanto Muñiz:

Considerando que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un asunto, la tienen también, según el art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, para todas sus incidencias, para llevar á efecto las providencias y autos que dicten, y para la ejecución de lo en él resuelto; y aplicando esta doctrina al presente caso, es indiscutible la competencia del Juez municipal del distrito de la Universidad de esta corte para entender en la provisión de las vacantes, por ser un incidente del consejo de familia constituído por dicha Autoridad, á petición de la abuela materna del menor, y en los vocales designados por la madre del mismo, sin perjuicio del derecho que por la duplicidad de consejos de familia y de tutores que existen puedan tener los interesados para ejercitar las acciones de que se crean asistidos, en el juicio y en forma adecuada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos competente al Juez municipal del distrito de la Universidad de esta corte para conocer del incidente promovido para la provisión de las vacantes de dos vocales que existen en el consejo de familia del menor Crisanto Muñiz Corral, constituído por dicha Autoridad en acta de 26 de Octubre de 1896; y comuníquese esta resolución á los Juzgados contendientes, devolviéndoles las diligencias que han remitido, siendo de respectiva cuenta de las partes las costas ocasionadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 21 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 109.—GRACIA Y JUSTICIA.—21 de Marzo, pub. el 10 de Abril.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS confirmando en parte la negativa del Registrador de la propiedad de Tarazona á inscribir un expediente posesorio.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que encontrándose un heredero en posesión de varias fincas de la herencia, y solicitando únicamente la inscripción de posesión de la misma, previo el oportuno expediente posesorio, es obvio que, según la doctrina consignada en las Resoluciones de 29 de Octubre de 1878 y 23 de Febrero de 1886, no se requiere la previa determinación del derecho de cada heredero:

Que carece de título de dominio inscribible, á los efectos del artículo 326 del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria, el heredero que no puede presentarlo inmediatamente en el Registro, bien por estar pendiente la testamentaría, bien por hallarse terminada por convenio privado, sin que, por otra parte, sea obli-

gatorio justificar esta imposibilidad, según ha declarado la Dirección general en la Resolución de 6 de Junio de 1896:

Que procede suspender la inscripción de un expediente posesorio, si adolece del defecto subsanable de estar las fincas amillaradas á nombre de persona distinta del actual poseedor, y no reunir los requisitos exigidos por el artículo 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877, los recibos de contribución presentados por el interesado:

Que según las artículos 9.º y 398 de la ley Hipotecaria, el hecho de que el heredero ha adquirido las fincas de su causante, es el que ha de consignarse necesariamente en el escrito en que se pida la admisión de la información y en la inscripción de posesión:

Que la subsanación de las faltas atribuídas por el Registrador á los documentos, sólo puede obtenerse mediante la presentación de otros documentos ante el mismo funcionario, para que, previa su calificación, decida si con los últimos han desaparecido los obstáculos de que adolecían los primeros, y de ningún modo en los escritos de interposición del recurso, los cuales tienen por único objeto dejar sin efecto dicha calificación y la consiguiente negativa ó suspensión de inscripción:

Que el art. 402 de la ley Hipotecaria impone á los Registradores el deber de suspender la inscripción de los expedientes posesorios cuando hallasen algún asiento no cancelado que contradiga el hecho de la posesión, sin que baste para hacer desaparecer esta contradicción que el interesado alegue haber adquirido las fincas por herencia del que las tiene inscritas, porque esto no es susceptible de acreditarse en los expedientes posesorios, según ha declarado la Dirección general en Resolución de 13 de Junio de 1881:

Que si bien es verdad que el referido art. 402 prescribe que cuando por esta causa se suspende la inscripción de los expedientes posesorios, el Registrador debe hacer anotación preventiva si la solicita el interesado, también es cierto que, según el art. 65 de la misma ley, se denegará la inscripción, sin poder verificar la anotación preventiva, cuando el título contenga algún defecto insubsanable.

Ilmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por Don Mariano Sáenz de Hermúa, como marido de Doña Adelaida Ochoteco y Jiménez, contra la negativa del Registrador de la propiedad de Tarazona á inscribir un expediente posesorio; pendiente en este Centro en virtud de apelación de dicho recurrente:

Resultando que D. Mariano Sáenz Hermúa, como marido de Doña Adelaida Ochoteco y Jiménez, solicitó del Juzgado de primera instancia de Tarazona, con fecha 23 de Mayo de 1896, que se le recibiera información testifical, con citación del Ministerio fiscal y de los coherederos Doña Leonisa y D. Ricardo Ochoteco, sobre el hecho de hallarse en posesión su citada esposa desde el año 1884 de 32 fincas, radicantes las cuatro primeras en el término de Tarazona; la 5.ª, en el de Vierlas; la 6.ª á la 12.ª, en el de Añón; la 13.ª, en el de Alcalá de Moncayo, y la 14.ª á la 32.ª, en el de Vera de Moncayo; manifestando: que dichas fincas las había adquirido por herencia de su padre D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca, fallecido en 30 de Agosto de 1878, dejando por herederos á sus tres hijos Doña Leonisa, Doña Adelaida y D. Ricardo Ochoteco; que incoado, en su consecuencia, juicio voluntario de testamentaría, se transigió dicho juicio en el año de 1884, si bien los autos de esta testamentaría están aún pendientes de apelación ante la Audiencia por lo referente á la rendición de cuentas de la administración judicial

de la misma, único extremo sobre el cual se sigue el litigio; que en primeros de Julio del citado año de 1884, los tres interesados en la herencia sortearon entre sí, *extrajudicialmente*, las fincas inventariadas radicantes en los expresados términos, que poseyeron el finado D. Miguel Antonio Ochoteco y el padre de éste, D. Antonio, que falleció en el año de 1870; que cada cual de los expresados herederos se hizo cargo de las que les correspondieron en el sorteo; pero que han venido pagando la contribución territorial en conjunto ó bajo un solo talón en cada uno de los Ayuntamientos respectivos hasta finalizado el año económico de 1894-95; y que los otros dos herederos, Doña Leonisa y D. Ricardo, han practicado información posesoria hace más de un año ante el mismo Juzgado, de los bienes que á los mismos les correspondieron, sin haber citado para ello al recurrente:

Resultando que con la referida instancia presentó este interesado las correspondientes certificaciones de amillaramiento de las expresadas fincas, expedidas con fecha 18 de Mayo de 1896, menos la referente á las de Añón, que lleva la fecha de 20 de Mayo del mismo año, y de dichas certificaciones aparece que las fincas radicantes en este término municipal y en el de Vera están amillaradas, unas á nombre de D. Antonio Ochoteco y otras al de D. Miguel Antonio Ochoteco; que la que radica en el término de Alcalá de Moncayo figura amillarada á nombre de los herederos de este último, y que las sitas en los términos de Tarazona y Vierlas están todas ellas amillaradas á nombre de D. Miguel Antonio Ochoteco, el cual viene pagando por ellas la contribución territorial á título de dueño, no expresándose respecto á las de los otros Ayuntamientos quién es el que pagaba en tal concepto dicha contribución:

Resultando que practicada la información posesoria con las correspondientes declaraciones testificales, por las que se hizo constar que Doña Adelaida Ochoteco y Jiménez de Novallas viene poseyendo, como procedentes de la herencia de su padre D. Miguel Antonio Ochoteco, desde el año 1884, sin interrupción ni contradicción, en nombre propio y á título de dueña, las referidas fincas, el Juzgado; por auto de 1.° de Junio de 1896, aprobó dicha información por no haberse hecho oposición alguna; habiendo sido citados los otros coherederos Doña Leonisa y Don Ricardo, y disponiendo que se entregase el expediente original al interesado para su inscripción y para que, con arreglo á la Real orden de 14 de Junio de 1884, en vista de hallarse las fincas amillaradas á nombre de otras personas, se tome anotación preventiva para convertirla en inscripción definitiva, presentando, en término de sesenta días, la certificación catastral en que conste que están ya amillaradas á nombre de su actual poseedor:

Resultando que con fecha 25 de Junio de 1896 se expidió por D. Federico Camacha y Jiménez, Escribano de actuaciones del Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta corte, un testimonio, por el que se consigna que en dicho Juzgado y Escribanía penden autos de juicio voluntario de testamentaría de D. Miguel Antonio Ochoteco, promovido en 11 de Febrero de 1879 por D. Mariano Sáenz Hermúa, como marido de Doña Adelaida Ochoteco, y que no ha sido aún terminado, encontrándose pendiente y en litigio entre la referida Doña Adelaida y D. Ricardo y Doña Leonisa Ochoteco, como herederos del causante; obrando en los mencionados autos un testimonio extendido en 20 de Noviembre de 1879, por el que aparece que el expresado D. Mariano Sáenz Hermúa puso en conocimiento del Administrador de Hacienda de esta provincia, á los efectos del plazo reglamentario para la liquidación del impuesto, el fallecimiento de dicho causante y la imposibilidad de

terminar en seis meses dicha testamentaría por haberse prevenido el juicio de la misma:

Resultando que presentado en el Registro de la propiedad el referido expediente posesorio, juntamente con el expresado testimonio de 25 de Junio de 1896, el Registrador no admitió la inscripción de aquél: «primero, porque todas las fincas que comprende forman parte de un expediente de testamentaría voluntaria pendiente de resolución, siendo por tanto indeterminado el derecho de cada parte sobre cada una de las fincas: segundo, porque apareciendo las fincas amillaradas á nombre de distintas personas de la que se dice ser la poseedora, no se justifica en el mismo el pago de la contribución, ni se ha oído á los demás coherederos: tercero, porque adquiridas las fincas, según manifiesta la parte interesada, de los causantes D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca y su señor padre D. Antonio Ochoteco y Gómara, sin expresarse de quién de ellos procede cada una, y amillaradas asimismo á nombre de los dos expresados señores, los testigos señalan como único causante á D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca: cuarto, respecto de las fincas 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 24, 30 y 31, porque no se expresa en su descripción los linderos por los cuatro puntos cardinales; las 14, 15, 16, 18, 21, 23, 25 y 26, por confusión en su descripción y no haberse oído á los copartícipes: quinto, respecto de las fincas 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 9.ª, 21, 22, 23, 24, 28 y 31, porque á los folios 181, 187, 202 y 217 del tomo 21, libro 3.º de Tarazona; 65 del 40 de la Contaduría de hipotecas; 18, 50, 42, 38, 54 y 46 del tomo 164 de la propiedad, libro 10 de Vera, aparecen inscritas á nombre de D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca; las 6.ª y 12, porque á los folios 47 y 298 vueltos de los tomos 23 y 21 respectivamente de la misma Contaduría, aparecen también inscritas á nombre de D. Antonio Ochoteco Gómara; y la 10, por aparecer igualmente inscrita á nombre de D. Ricardo, Don Amado, Doña Adelaida, Doña Leonisa y Doña María Ochoteco, al folio 68 del tomo 40 de la expresada Contaduría; no habiéndose tomado anotación preventiva por adolecer de los dos primeros defectos expresados, que se consideran insubsanables»:

Resultando que después de varios incidentes que no son del caso, D. Mariano Sáenz Hermúa, en el concepto de legítimo representante de su esposa Doña Adelaida Ochoteco, interpuso ante el Juzgado de primera instancia de Tarazona, con escrito de 27 de Febrero de 1897, recurso gubernativo contra la nota denegatoria del Registrador, describiendo y deslindando en el mismo con los actuales linderos las 32 fincas que comprende el expediente posesorio, y acompañando á dicho escrito la partida de defunción de D. Antonio Ochoteco, fallecido el 9 de Septiembre de 1870; un testimonio notarial de la carta de pago de los derechos satisfechos á la Hacienda por Doña Adelaida Ochoteco por la herencia de su padre D. Miguel, y seis recibos de la contribución territorial, correspondientes á los pueblos de Tarazona, Vera, Alcalá de Moncayo, Añón y Vierlas, el primero de fecha 1.º de Mayo de 1896, el segundo de 1.º de Agosto de 1895, el tercero de 1.º de Noviembre del mismo año, y el cuarto, quinto y sexto de 1.º de Noviembre de 1896, extendidos todos ellos á nombre de D. Miguel Ochoteco y pagados por D. Mariano Sáenz de Hermúa, según aparece consignado al respaldo de los mismos:

Resultando que en el referido escrito de interposición de recurso solicitó el recurrente que, una vez subsanados los defectos, se acordara que el Registrador de la propiedad inscribiera en los libros correspondientes por primera inscripción las fincas de este expediente con los linderos actuales, y en la misma forma y condiciones acordadas por el Juzgado en auto de 1.º de Junio de 1896; exponiendo en apoyo de su

pretensión lo siguiente: que no son insubsanables los defectos señalados como tales por el Registrador, sino que son subsanables, y tanto éstos como los otros que ha consignado en su nota se subsanan debidamente; que es improcedente la negativa de inscripción de dicho funcionario: primero, porque es determinado el derecho que tiene cada interesado en las fincas que le han tocado; segundo, porque en virtud de la falta de la certificación de amillaramiento á favor del actual poseedor, estando amillaradas las fincas á nombre de personas distintas, ha debido el Registrador, en vez de declarar improcedente la inscripción, practicar la previa anotación preventiva que prescriben la Real orden de 14 de Junio de 1884 y la Resolución de este Centro de 25 de Junio del mismo año, y convertirla después y á su tiempo en inscripción definitiva, puesto que el hecho de la posesión resultaba justificado, conforme á la Resolución de 19 de Diciembre de 1886, por las declaraciones de los testigos, sin contradicción alguna; tercero, porque al solicitar la información pidió que se citara á los otros herederos y fueron citados, y si no han comparecido en el expediente, no puede perjudicar esa falta de comparecencia al derecho de Doña Adelaida, quien por su parte cumplió con el deber que le impone la ley; y cuarto, porque la falta de linderos es defecto subsanable, según tiene declarado este Centro en la Resolución de 17 de Noviembre de 1877; manifesfando al propio tiempo que al afirmar el Registrador que la finca señalada con el núm. 10 aparece en la antigua Contaduría á nombre de D. Antonio Ochoteco, ha debido padecer una equivocación, puesto que debe aparecer á nombre de D. Miguel, toda vez que la heredó éste, sobre el año mil ochocientos cuarenta y tantos, de su tía Doña Marcelina Ochoteco, y además viene amillarada á nombre de dicho D. Miguel, según consta en la certificación de amillaramiento del Ayuntamiento de Añón que encabeza con otras este expediente posesorio; por cuya razón la falta referente á dicha finca es subsanable, según la citada Real orden de 14 de Junio de 1884 y Resoluciones posteriores de este Centro; y que no es cierto, como afirma el Registrador, que no estuviese justificada la posesión de las fincas con el pago de la contribución territorial, dado que es público y notorio que tanto las heredadas por Doña Adelaida como las que correspondieron á sus hermanos Doña Leonisa y D. Ricardo la han venido pagando hasta el año de 1892 englobadas bajo un solo talón por cada Ayuntamiento á nombre de los herederos de D. Miguel, y desde dicho año á nombre de cada uno de ellos, hecha excepción de las de Vera, que correspondieron en el sorteo á D. Ricardo y Doña Adelaida, y cuyo talón se expide contra los herederos de aquél, pagando por mitad uno y otro heredero:

Resultando que en el primer otrosí de dicho escrito de interposición del recurso de 27 de Febrero de 1897, el recurrente, con objeto de corroborar sus anteriores manifestaciones respecto á la transacción de la testamentaría, copió literalmente una diligencia de ratificación de D. Emilio Navarro Ochoteco, como apoderado de D. Ricardo y Doña Leonisa Ochoteco, extendida con fecha 20 de Marzo de 1886 en los autos de dicha testamentaría, por la que el expresado D. Emilio declaró, después de haberle sido puestos de manifiesto dos convenios privados ó transacciones celebradas por el mismo ostentando la representación de aquéllos con D. Mariano Sáenz Hermúa, representante legal de su esposa Doña Adelaida Ochoteco, en 24 de Enero y 7 de Diciembre de 1884, que «el uno original y el otro testimoniado son auténticos, legítimos y ciertos sus contenidos en todas sus partes; que los mismos obran en su poder por duplicado, y que de éstos facilitó copias originales en su día á cada uno de sus poderdantes; que en las bases de dichos convenios se ajustó á las

facultades que le habían sido conferidas y á las instrucciones que le habían dado sus comitentes; y, por último, que conforme á lo convenido, á lo cual han prestado asentimiento sus representados, han practicado éstos, con el D. Mariano Sáenz de Hermúa y Espinosa, las operaciones de inventario, avalúo y división de bienes de la testamentaría extrajudicialmente, y algunos otros actos más, y en la actualidad disfrutan las rentas de los bienes que les han correspondido»:

Resultando que el Juzgado de Tarazona, en vista de lo dispuesto en el art. 4.º del Real decreto de 3 de Enero de 1876 y la Resolución de este Centro de 23 de Febrero de 1886, declaró no haber lugar á proveer sobre lo que solicita el recurrente, y reservó á éste el derecho para acudir en forma á quien corresponda; y en su virtud, acudió ante el Presidente de la Audiencia reproduciendo su anterior escrito en todas sus partes, y manifestando que al denegar el Registrador la inscripción del expediente posesorio, lo remitió al Juzgado, y éste, sin oir al interesado ni notificarle la calificación de aquel funcionario, dispuso que se archivara, faltando á lo dispuesto en el art. 3.º de dicho Real decreto:

Resultando que, oído el Registrador, sostuvo la procedencia de su calificación, é informó lo siguiente. que el primero de los defectos consignados en la nota denegatoria es insubsanable, porque existiendo título escrito de dominio, cual es el testamento del causante del actual poseedor, es improcedente el expediente posesorio, conforme á lo dispuesto en el art. 397 de la ley Hipotecaria, cuyo precepto debe interpretarse en sentido restrictivo, según la Resolución de este Centro de 31 de Mayo de 1893, y porque, ora se halle pendiente la testamentaría judicial, según acredita el testimonio presentado en este recurso y expedido por el Escribano D. Federico Camacha con fecha posterior á la del auto de aprobación de dicho expediente, ora se haya terminado esa testamentaría en virtud de transacción de los herederos, según afirma el recurrente, es lo cierto que el derecho de cada uno de éstos es indeterminado, y no pueden ostentar justo título sobre cosas determinadas mientras no se haga la partición, judicial ó extrajudicialmente, conforme prescriben los artículos 433, 437, 1051, 1052, 1059 y 1068 del Código civil; que también es insubsanable el segundo de los expresados defectos, porque no han sido oídos en el expediente los demás interesados, los cuales, según la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria, han debido ser citados en el mismo, y no basta que hayan sido notificados simplemente, ya que no se ha acreditado en el expediente el pago de la contribución, puesto que las certificaciones del amillaramiento sólo acreditan lo que debe pagarse, siendo dichos interesados, los unos como coherederos (defecto segundo), los otros como copartícipes por simple manifestación (defecto cuarto), y los restantes como condueños, por resultar así del Registro (defecto quinto), dado que no existe, respecto de la finca núm. 10, la equivocación que supone el recurrente; que existe el defecto tercero, porque habiendo de hacerse constar en la inscripción el nombre y apellido de la persona de quien se haya adquirido el inmueble, según dispone el artículo 9.º, caso 6.º, de la ley Hipotecaria, bajo pena de nulidad, según prescribe el art. 30 de la misma, no hay posibilidad de practicar las inscripciones con el expediente presentado, porque si bien es cierto que la posesión resulta justificada con las declaraciones testificales, no es menos cierto que esta prueba debe estar conforme y completarse con las demás que se acompañan al expediente, y no lo está desde el momento en que mientras los testigos señalan como único causante á D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca, de las certificaciones de amillaramiento aparece que unas fincas lo están á nombre de éste y otras al de D. Anto-

nio Ochoteco y Gómara, y el mismo recurrente ha señalado á los dos como causantes, sin distinguir de quién de ellos procede cada finca, según ordena el núm. 3.° del art. 397 de dicha ley; y que respecto á los defectos cuarto y quinto, que el mismo recurrente los ha reconocido como tales, es cierto que pueden subsanarse, pero no en la tramitación del recurso gubernativo, como pretende aquél, sino en la forma que determina la ley, y con arreglo al procedimiento que debe seguirse en cada caso, pues de admitirse semejante forma de subsanación, serían revocadas todas las calificaciones de los Registradores por defectos subsanables, perfectamente fundadas con arreglo á lo que resultare de los documentos que les fueron presentados en el Registro:

Resultando que, oído el Juzgado que aprobó la información posesoria, informó limitándose á referir las actuaciones practicadas:

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la denegación de la nota del Registrador de Tarazona en cuanto á los primeros extremos que comprende, y en su consecuencia, declaró no inscribible la posesión de los bienes que D. Mariano Sáenz Hermúa pretende á nombre de su mujer Doña Adelaida Ochoteco, previniendo á dicho Registrador que en lo sucesivo cumpla con lo preceptuado en el art. 402 de la ley Hipotecaria, por no haber expedido la copia de los asientos contradictorios de la posesión que se trataba de inscribir, y al Juzgado de primera instancia de Tarazona, que se atenga á lo dispuesto en el Real decreto de 3 de Enero de 1876, por no haber dado conocimiento al interesado de la negativa del Registrador, fundando su resolución en cuanto á lo principal: en que existiendo título escrito, y no alegando causas legítimas que impidan la presentación del mismo, no cabe el medio supletorio que concede la ley para la inscripción de posesión, puesto que sólo como excepción lo autoriza para el propietario que de otro modo ó forma no pueda conseguir la inscripción de sus bienes; que en los expedientes posesorios debe alegarse justo título, y si bien el recurrente invoca como tal la herencia de D. Miguel Antonio Ochoteco, hallándose ésta en litigio, según aparece del testimonío que ha presentado, no puede fundar en ella su derecho mientras no se termine el juicio de testamentaría; y que las bases fundamentales de la vigente ley Hipotecaria son la especialidad y la publicidad, encaminadas ambas á la prosperidad del crédito territorial por el conocimiento é identificación de las cosas y á la mayor seguridad de los interesados, y en este concepto deben con toda exactitud describirse las fincas, según las prescripciones legales:

Resultando que de la resolución del Presidente de la Audiencia apeló el recurrente para ante este Centro directivo y compareció en esta Dirección, presentando con el correspondiente escrito los siguientes documentos privados: un acta de transacción y convenio entre los herederos de D. Miguel Antonio Ochoteco de 24 de Enero de 1884; el inventario de los bienes relictos por el fallecimiento de éste, de fecha 13 de Junio del mismo año, y un acta del sorteo de los expresados bienes entre los referidos herederos, de 2 de Julio siguiente; presentando también un testimonio notarial de otro expedido por el Escribano D. Federico Camacha y Jiménez, con fecha 2 de Abril de 1898, en el que consta la diligencia de ratificación de D. Emilio Navarro Ochoteco, como apoderado de Don Ricardo y Doña Leonisa Ochoteco, en los autos del juicio de testamentaría del expresado D. Miguel Antonio Ochoteco, de que se ha hecho mención anteriormente, manifestando: que todos estos documentos prueban que dicho juicio terminó en 1884, por más que no se haya pedido su sobreseimiento en obviación de gastos, lo cual es potestativo en los herederos; que esto es la causa legal que impide la presentación del título

de dominio, y que el resultar las fincas inscritas en la antigua Contaduría á nombre de D. Miguel Antonio Ochoteco y algunas al de su difunto padre D. Antonio, no es motivo para la negativa del Registrador, puesto que esta Dirección, en la Resolución de 6 de Enero de 1896, de conformidad con los arts. 397 y 402 de la ley Hipotecaria, y siguiendo la doctrina de las Resoluciones de 12 de Marzo de 1864, 18 de Diciembre de 1885, 31 de Mayo de 1893 y 7 de Enero de 1896, tiene declarado que la inscripción existente á favor de tercero no produce la denegación de anotación suspensiva:

Resultando que el propio recurrente presentó también con el mismo escrito ante este Centro directivo otros varios documentos, á saber. una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Vera; dos instancias, dirigidas la una al Liquidador del impuesto de derechos reales de Tarazona y la otra al Recaudador de contribuciones, y un ejemplar de la *Gaceta de Madrid* de 20 de Mayo de 1893, en la que se inserta un edicto de subasta de bienes embargados á D. Ricardo Ochoteco en el expediente sobre exacción de costas; presentando todos estos documentos con el fin de justificar que Doña Leonisa y D. Ricardo Ochoteco tienen inscritos en el Registro de la propiedad, mediante expediente posesorio, los bienes adquiridos por herencia de su padre D. Miguel Antonio, y que de igual modo debían inscribirse, en virtud del que es objeto del presente recurso, los que correspondieron á la otra heredera, ó sea Doña Adelaida:

Resultando que esta Dirección acordó, para la debida instrucción del expediente, que manifestara el Registrador si D. Ricardo y Doña Leonisa Ochoteco y Jiménez tienen inscritos á su favor bienes procedentes de la herencia de su padre D. Miguel Antonio Ochoteco y Tabuenca, y en caso afirmativo, en virtud de qué título y con qué fecha se practicó la inscripción de dichos bienes y el nombre del funcionario que la autorizara; manifestando en su virtud dicho Registrador que D. Ricardo Ochoteco no tiene inscritos á su favor bienes procedentes de la herencia de su padre D. Miguel Antonio, sino de la de su abuelo D. Antonio Ochoteco Gómara y de su madre Doña Gregoria Jiménez de Novallas:

Vistos los arts. 18, 65, 397 y 402 de la ley Hipotecaria, y 398 de la misma ley, reformado por la de 17 de Julio de 1877:

Visto el art. 326 del Reglamento general para la ejecución de dicha ley, la Real orden de 14 de Junio de 1884, y las Resoluciones de este Centro de 29 de Octubre de 1878, 13 de Junio de 1881, 31 de Agosto de 1882, 23 de Febrero de 1886 y 6 de Junio de 1896:

Considerando, respecto al primero de los defectos consignados en la nota denegatoria del Registrador, que cualquiera que sea el estado en que se encuentre la testamentaría judicial de D. Miguel Antonio Ochoteco, es lo cierto que su hija y heredera Doña Adelaida se halla en posesión, á título de dueña, desde el año de 1884, de las fincas que comprende el expediente posesorio que ha motivado el presente recurso, y bajo este supuesto, y solicitando únicamente la inscripción de posesión de dichas fincas, es obvio que, según la doctrina consignada en las Resoluciones de 29 de Octubre de 1878 y 23 de Febrero de 1886, no se requiere la previa determinación del derecho de cada heredero, conforme pretende el Registrador, puesto que no se trata de la inscripción del título hereditario, sino del hecho de la posesión, el cual resulta justificado en el mencionado expediente:

Considerando que también resulta justificado que carece de título de dominio inscribible, á los efectos del art. 326 del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria, ó lo que es lo mismo, que no

puede presentarlo inmediatamente en el Registro, bien por estar pendiente la testamentaría, bien por hallarse terminada por convenio privado; sin que, por otra parte, sea obligatorio justificar esta imposibilidad, según ha declarado este Centro en la Resolución de 6 de Junio de 1896:

Considerando, en cuanto al segundo de los aludidos defectos, que es procedente la suspensión de inscripción de dicho expediente por el defecto subsanable de estar las fincas amillaradas á nombre de persona distinta del actual poseedor, y no reunir los requisitos exigidos por el art. 6.° de la ley de Julio de 1877 los recibos de contribución presentados por el recurrente y extendidos á nombre de D. Miguel Antonio Ochoteco en los años de 1895 y 96, toda vez que fallecido éste en el año de 1878, y poseídas las fincas por Doña Adelaida desde el año 1884, no pueden estimarse los expresados recibos de contribución como los últimos que haya satisfecho el D. Miguel, y además, según lo prevenido en dicho artículo y declarado en la Resolución de 31 de Agosto de 1882, el derecho concedido al heredero del poseedor, de presentar el último recibo pagado por éste, está subordinado á la condición imprescindible de que la adquisición de aquél sea reciente y que, por tanto, aun no haya podido pagar en nombre propio ningún trimestre de contribución; por lo que, y á tenor de lo dispuesto en el expresado art. 6.° de la referida ley, no era necesario que se diera conocimiento del expediente á los demás coherederos, los cuales, no obstante, fueron citados:

Considerando, por lo que se refiere al tercer defecto, que dejando aparte las circunstancias de que las fincas resulten amillaradas á nombre de personas distintas, lo cual constituye por sí solo el defecto anterior, no existe, como pretende el Registrador, disparidad alguna entre las manifestaciones del recurrente y las de los testigos respecto á la persona de quien proceden, puesto que lo mismo éstos en sus declaraciones, que aquél en el escrito en que pidió la admisión de la información, afirman que dichas fincas las adquirió Doña Adelaida de su padre D. Miguel Antonio Ochoteco, sin que semejante afirmación se halle en contradicción, como sostiene el Registrador, con la indicación que se hace también en dicho escrito con otro motivo, de que las expresadas fincas las poseyeron el expresado D. Miguel y el padre de éste, D. Antonio, fallecido en 1870, porque de que las hubiera poseído el último no se sigue necesariamente que de él las adquiriese su nieta Doña Adelaida, ni esa indicación se opone tampoco al hecho afirmado por ésta, de haberlas adquirido de D. Miguel, que es el que, según los arts. 9.° y 398 de la ley Hipotecaria, ha de consignarse necesariamente en el referido escrito y en la inscripción de posesión:

Considerando, respecto al cuarto defecto, ó sea á la falta de algunos linderos de unas fincas y confusión en la descripción de otras, que reconocida por el recurrente la existencia de este defecto, no cabe subsanarlo en la forma que pretende, ó sea mediante las manifestaciones y adiciones consignadas en su escrito de interposición del presente recurso, porque la subsanación de las faltas atribuídas por el Registrador á los documentos sólo puede obtenerse mediante la presentación de otros documentos ante el mismo funcionario, para que, previa su calificación, decida si con los últimos han desaparecido los obstáculos de que adolecían los primeros, y de ningún modo en los escritos de interposición del recurso, los cuales tienen por único objeto dejar sin efecto dicha calificación y la consiguiente negativa ó suspensión de inscripción:

Considerando, en cuanto al quinto y último defecto, que el art. 402 de esta ley impone á los Registradores el deber de suspender la inscrip-

ción de los expedientes posesorios cuando hallasen algún asiento no cancelado que contradiga el hecho de la posesión, sin que baste para hacer desaparecer esta contradicción que el interesado alegue haber adquirido las fincas por herencia del que las tiene inscritas, porque esto no es susceptible de acreditarse en los expedientes posesorios, según ha declarado este Centro en Resolución de 13 de Junio de 1881:

Considerando que si bien es verdad que el referido art. 402 de la ley Hipotecaria prescribe que cuando por esta causa se suspende la inscripción de los expedientes posesorios, el Registrador debe hacer anotación preventiva si la solicita el interesado, también es cierto que en el presente caso no podía practicar dicha anotación, por impedírselo el art. 65 de la misma ley, según el cual, se denegará la inscripción, sin poder verificar la anotación preventiva, cuando el título contenga algún defecto insubsable, y es visto que, á juicio del Registrador, el expediente de que se trata adolecía de dos defectos de esta clase;

Esta Dirección general ha acordado declarar: primero, que el expediente posesorio instruído á instancia de D. Mariano Sáenz de Hermúa, como marido de Doña Adelaida Ochoteco y Jiménez, aprobado por auto de 1.º de Junio de 1896, no adolece de ningún defecto insubsanable, y en su consecuencia, que procede se tome anotación preventiva del mismo; segundo, que dicho expediente adolece de cuatro defectos subsanables, que son: estar amillaradas las fincas á nombre de personas distintas de la poseedora; no expresarse los linderos por los cuatro puntos cardinales en las fincas que se citan en el defecto cuarto de la nota denegatoria del Registrador; haber confusión en la descripción de las otras fincas que se expresan en el mismo defecto de dicha nota, y aparecer en el Registro asientos contradictorios de la posesión que se pretende inscribir respecto á las fincas que se determinan en el quinto defecto de la nota; y tercero, que á los efectos del art. 402 de la ley Hipotecaria, remita de oficio el Registrador copia de estos asientos al Juez que haya aprobado la información; confirmándose la providencia apelada en cuanto no se oponga á esta Resolución, y revocandola en lo demás.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico á V. S. á los efectos consiguientes. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 21 de Marzo de 1899.=El Director general, Bienvenido Oliver.=Sr. Presidente de la Audiencia de Zaragoza.

Núm. 110.—TRIBUNAL SUPREMO.—22 de Marzo, pub. el 12 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Concurso necesario de acreedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Juan Cañellas contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Salvador Samá.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que las dos condiciones exigidas por el art. 1158 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que á instancia de uno ó más acreedores legítimos pueda decretarse la declaración del concurso necesario de acreedores, se refieren precisamente al tiempo en que semejante declaración se solicita y decreta:

Que en virtud de la precedente doctrina, estimando la Sala sentenciadora la concurrencia del primero de los requisitos que para la declaración del concurso necesario de acreedores exige el citado ar-

tículo 1158, á pesar de que el deudor hubiese consignado posteriormente á la declaración de concurso determinada cantidad para pago de principal, intereses y costas de una de las ejecuciones pendientes, no sólo no lo infringe, sino que se atiene á su terminante precepto y á lo dispuesto en los arts. 1161 y 1162:

Que no obstan para la propia declaración los defectos de tramitación que se atribuyan á uno de los mencionados juicios ejecutivos, si no desvirtúan la realidad y existencia del mismo:

Que contra los considerandos de la sentencia no se da recurso de casación cuando no constituyen la premisa obligada del fallo:

Que no infringe los arts. 596 y 597 de la ley procesal, y 1216 y 1218 del Código civil, la sentencia que establece afirmaciones no contradichas por documentos públicos que no prueban con la evidencia que la ley exige el error de hecho en que pueda haber incurrido el juzgador:

Que con relación al segundo de los requisitos que menciona el artículo 1158 de la ley de Enjuiciamiento civil, no son de estimar como bienes apreciables los productos que obtenga el deudor de su profesión de Abogado, que por ser desconocidos, eventuales é inciertos no constituyen una responsabilidad efectiva que pueda garantizar el importe de la deuda.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Marzo de 1899, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona y la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de dicho territorio entre D. Juan Cañellas y Tomás, Abogado, con domicilio en San Lorenzo del Escorial, y D. Salvador Samá y de Torrents, Marqués de Marianao, propietario y vecino de Cambrils, sobre oposición del primero á que se le declare en concurso necesario de acreedores; pleito que ante Nos pende, en recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Juan Cañellas, representado por el Procurador D. José María Villa y defendido por sí mismo; habiendo comparecido la otra parte en este Tribunal Supremo, bajo la representación del Procurador D. Luis Montiel y Bonache y defendido por el Letrado D. José Vilaseca Magarre:

Resultando que por providencia de 20 de Abril de 1896 acordó el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de Barcelona la formación de pieza separada de oposición al concurso de acreedores en que había sido declarado D. Juan Cañellas á petición de D. Salvador Samá, integrándose dicha pieza con testimonio librado por D. José Ignacio Güell, Escribano de dicho Juzgado, de los particulares siguientes: auto de 11 de Abril de dicho año, por el que se declara en estado de concurso necesario de acreedores á D. Juan Cañellas y Tomás, acordándose en él cuanto previene la ley respecto al particular; escrito de 17 del propio Abril, presentado por D. José Cañellas y Rodón, Procurador de Don Juan Cañellas, haciendo notar que no ha sido notificada á éste la declaración de concurso, á la que se opone, suplicando se le tenga por opuesto en tiempo y forma á los efectos de que no pueda entenderse firme en ningún tiempo la aludida declaración, por lo que pide se le entreguen los autos para formalizar la oposición y que se forme la oportuna pieza separada con testimonio del referido auto y de las diligencias que se hubieren al efecto practicado; providencia de 20 de Abril, al principio mentada, mandando unir el escrito á los autos de su razón, teniéndole por opuesto y ordenando se forme la pieza separada:

Resultando que en escrito de 5 de Mayo formalizó D. Juan Cañellas su oposición al auto de 11 de Abril, pidiendo al Juzgado se sirviera dejar

sin efecto la declaración de concurso hecha en el mismo, imponiendo todas las costas á D. Salvador Samá, y dejando á salvo al deudor su derecho para reclamarle indemnización de daños y perjuicios en la conformidad dispuesta en el art. 1169 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que en apoyo de su pretensión, alegó D. Juan Cañellas que no era cierto existiesen dos ó más ejecuciones contra el mismo, pues aun cuando se afirmaba por la parte contraria que, además del ejecutivo en cuyos méritos se hizo la declaración de concurso, el Juzgado de Tarragona había decretado también otra ejecución á instancia de D. José Roig, no podía tenerse ésta en cuenta para aquella declaración, porque dicho Juzgado, para hacer efectiva esa última ejecución, no se constituyó en el domicilio del ejecutado, sino en otro distinto, lo cual importa la nulidad de la diligencia de requerimiento de pago; que su domicilio era en el piso primero de la casa núm. 7 de la calle de Apodaca—Tarragona—y el Juzgado se constituyó para el requerimiento en el domicilio de Doña Francisca Mosalles, calle de la Unión, núm. 43, que no es ni ha sido domicilio del exponente; que conforme resulta del testimonio de autos, no se hizo ni se intentó la citación de remate al deudor, por lo que es evidente que no existe juicio; que la fuerza virtual de esas actuaciones desapareció antes de que la declaración de concurso hubiese podido producir sus efectos legales, ya que en cuanto tuvo conocimiento, en su ausencia, del requerimiento que se le hiciera, consignó en 11 de Abril en la mesa del Juzgado el importe del capital, intereses y costas que se reclamaban, y el Juzgado, en providencia del 14, tuvo por hecho el pago y concluso en su consecuencia el juicio: resolución que confirmó en auto del 30 del propio Abril al desestimar la reposición solicitada por el ejecutante; que al hacer ese pago y extinguir la deuda tenía la administración de sus bienes, puesto que no le había sido notificado el auto declarándole en concurso, requisito indispensable para que cesara en la administración de aquéllos, por lo que faltaba para aquella declaración la circunstancia exigida en el núm. 1.º del art. 1158 de la ley, ya que no existían dos ó más ejecuciones pendientes contra el deudor; que tampoco constaba el requisito esencial que señala el núm. 2.º del citado artículo, toda vez que la manifestación hecha por el Procurador del ejecutante, de que *de momento* no conocía bienes del deudor para el embargo, al procederse á esta diligencia en un domicilio que no era el del deudor, no es suficiente para constituir dicho requisito, siendo necesario en todo caso consignar de una manera cierta y positiva la no existencia de bienes del deudor, cuando no justificarlo plenamente por los medios del derecho, y por ello no debió el Juzgado hacer de plano la declaración, sino que, como complemento de aquella diligencia, debió haber exigido justificación relativa á la no existencia de bienes libres por parte del deudor; que existe, pues, una laguna, un vicio en el procedimiento, que importa la nulidad del auto de declaración de concurso por la notoria infracción de la disposición legal citada; que la reposición pedida por el Procurador D. José Roig demuestra que el ejecutante obraba de acuerdo con el instante del concurso D. Salvador Samá para perjudicar la personalidad y derechos del deudor, y por ello afectó ignorar la existencia de bienes sobre que practicar el embargo, á pesar de constarle y ser público y notorio que el exponente, como Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid y Tarragona, satisface la correspondiente contribución, y podían por tanto embargársele los honorarios devengados y que devengare en el ejercicio de su profesión, los que, dada la cuota contributiva —primera cuota—, representan una responsabilidad excesivamente mayor que la cantidad reclamada, aparte de los cuantiosos bienes inmue-

bles heredados de su padre, sitos en Valls y en los huertos de la Garriga pequeña de Tarragona, libres de todo gravamen y responsabilidad, que sabía el Procurador ejecutante pertenecían á Cañellas; y en suma, que D. Salvador Samá no instó la declaración para defender sus derechos, sino pura y exclusivamente para entretener á la prensa periódica con la publicación del auto y pretender inhabilitar á Cañellas, electo Diputado á Cortes—cuarta vez—por la circunscripción de Tarragona-Reus-Falset; citando, finalmente, como fundamento de derecho, las disposiciones legales ya invocadas y la doctrina establecida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1880 y 24 de Noviembre de 1882:

Resultando que D. Salvador Samá calificó de improcedente y temeraria la oposición formulada por Cañellas, y solicitó no se diese lugar á ella, mandando estarse á lo acordado en el auto de 11 de Abril, con imposición de costas al Cañellas, exponiendo: que está de acuerdo con la adversa respecto á lo que previene el art. 1158 de la ley, por lo que al solicitar la declaración de concurso justificó por medio de certificaciones fehacientes, en la parte necesaria, la existencia del ejecutivo en vía de apremio, instado por D. Salvador Samá, contra el D. Juan Cañellas, en cuyos méritos se despachó la ejecución en 10 de Diciembre de 1891 contra éste por 91.196 pesetas 30 céntimos, sin poder realizar el embargo decretado sobre inmuebles, por haber sido éstos enajenados, por lo que se pidió mejora de aquél, que fué decretada, pero no dió resultado positivo; que justificó también la existencia en el Juzgado de Tarragona del ejecutivo instado por D. José Roig contra Cañellas, con despacho de ejecución por 4.800 pesetas 84 céntimos, expidiéndose el correspondiente mandamiento en 24 de Mayo de 1895, sin que al llevarse á cumplimiento se encontrasen bienes libres del deudor para hacer efectivo el embargo; que no hubo nulidad en el ejecutivo instado en Tarragona, porque el requerimiento y la diligencia de embargo intentados sin resultado, por no haber aparecido bienes libres del deudor, se practicaron en el domicilio de Cañellas, además de que éste por sus actos posteriores ha reconocido la validez de aquellas actuaciones; que Cañellas no pidio la nulidad referida en los autos en que la supone cometida, sino que, según consigna en su escrito de oposición, tan pronto como tuvo noticia de ello, se apresuró á pagar, haciendo la consignación en la mesa del Juzgado, por tratarse de una deuda legítima, signo evidente de que estimó su validez; que la ley no habla más que de ejecuciones despachadas, y que como la citación de remate se hace después de practicado el embargo, sucede muchas veces que no pudiendo éste llevarse á cabo, se pide la declaración de concurso sin aquella citación; que el 9 de Abril se solicitó y el 11 se dictó la declaración de concurso, y por más que afirma Cañellas hizo el 11 la consignación, parece que hasta el 13 no se hizo, ó sea cuando podía ya conocer la existencia del auto declarando el concurso; y en tal situación hecha la consignación, no podía producir los efectos de pago sin extinguir el juicio; que habiendo comparecido Cañellas en los autos de concurso sin habérsele notificado tal declaración, no es razón para que sea válida la consignación en pago hecha en la ejecución de Tarragona, y pueda administrar Cañellas sus bienes, el no habérsele notificado el auto ya dictado, declarándolo en concurso; que para decidir si está justamente decretada la declaración de concurso, hay que atender al tiempo en que se solicita y acuerda, no á época posterior; que se han cumplido los requisitos de los arts. 1158 y 1160 de la ley, y no puede dejarse á la voluntad del deudor el hacer desaparecer los motivos que dieron lugar á la declaración con actos posteriores á la misma, pues podría suceder que mientras un acreedor cobrase por com-

pleto, otros se viesen burlados; que los honorarios de Abogados no pueden considerarse como bienes, siendo futuros, inciertos, indeterminados y desconocidos; y que no sólo resulta de la ejecución instada por el Procurador Roig que carece Cañellas de bienes libres, sino de la instada por Samá; pues al acordarse en ésta la mejora de embargo y tratarse de llevarlo á cabo, el mismo Cañellas hizo constar que no disponía de bienes libres que pudieran asegurar las responsabilidades perseguidas, manifestando que el asunto estaba transigido y le constaba á Samá, por cuanto se ventilaba en el Juzgado de Tarragona; que no cabía mejora de embargo, por cuanto todos sus bienes, á pesar de usufructuarlos su madre, estaban hipotecados en favor de Samá y habían sido por éste embargados:

Resultando que recibido el pleito á prueba, á petición de las partes se aportaron á los autos por D. Juan Cañellas una certificación expedida por la Secretaría del Ayuntamiento de Tarragona, haciendo constar que del examen de los padrones de vecinos correspondientes á los quinquenios de 1881 á 1885, 1886 á 1890, 1891 á 1895 y 1896 á 1900, aparece solamente inscrito en los tres últimos D. Juan Cañellas y Tomás como habitante en el piso primero de la casa núm. 7 de la calle de Apodaca, hasta el 10 de Abril de 1896 en que, á su petición, fué dado de baja por trasladar su domicilio á San Lorenzo del Escorial; otra del Registrador de la propiedad de Tarragona, de la que aparece tener el propio Cañellas inscrita á su favor la sexta parte indivisa de la nuda propiedad de siete fincas á que se refiere el mandamiento expedido por el Juzgado, debiendo las mismas responder proporcionalmente con otros bienes del pago de un legado de 20.000 pesetas, así como en unión de la participación que tiene en otra finca el recurrente de 77.235 pesetas, intereses y costas por embargo trabado á petición de D. Manuel Saving-Gioli ante el Juzgado del Este de esta corte; item más de 13.800 pesetas, intereses y costas por otro embargo decretado por el propio Juzgado en el ejecutivo promovido por la testamentaría de Doña María Domingo Bernaldo de Quirós; y además la finca de la Garriga pequeña, en su totalidad se halla sujeta al pago de 5.607 pesetas, resto del precio en venta de la misma; otra certificación del Registrador de la propiedad de Valls, según la que, de las 19 fincas expresadas en el mandamiento, sólo una sexta parte proindivisa de la nuda propiedad de ellas se halla inscrita á favor de D. Juan Cañellas, y aparte de ciertas prestaciones censarias de las fincas primera, segunda, cuarta, quinta, duodécima, décimaquinta y décimanovena, se hallan todas ellas, en la parte correspondiente al recurrente, sujetas, con otras cuatro, dos censos y cuatro créditos, al embargo trabado por 13.800 pesetas, intereses, y 3.000 pesetas para costas en el indicado ejecutivo, instado por la testamentaría de Doña María Domingo Bernaldo de Quirós; y un oficio de la Secretaría del Colegio de Abogados de Madrid, diciendo que el Cañellas está en ejercicio desde 18 de Junio de 1883, sin que conste la cuota que satisface, por corresponder ello á la Delegación de Hacienda:

Resultando que el testigo D. Enrique Andreu, Escribano del Juzgado de Tarragona, manifiesta que el 11 de Abril de 1896, entre ocho y nueve de la noche, recibió de D. Juan Cañellas 5.300 pesetas para pagar lo que en el ejecutivo instado contra éste por Roig se le reclamaba, ofreciéndole el propio Cañellas pagarle el resto hasta completar capital, intereses y costas tan luego le precisase su importe; mas no creyéndose el declarante, por ser hora inhábil, autorizado para admitir aquella suma, se la devolvió al Cañellas, avistándose á las tres de la tarde del día siguiente con el Procurador de Roig y practicando con el Abogado del mis-

mo la liquidación del capital, intereses y costas, que ascendió á 5.921 pesetas 98 céntimos, que notificó á Cañellas, llegándose en esto el día 13 en el que consignó éste, como consta en autos, 6.000 pesetas, sin que reconociera él en aquel entonces que la fecha de la consignación pudiese tener importancia, como tampoco cree se la diese Cañellas, por cuanto el día 11, con la cantidad que remitió éste al declarante, hubiera podido consignar, pidiendo habilitación de horas, el importe de la letra, base de la ejecución:

Resultando que á instancia de D. Salvador Samá se trajeron, entre otros, á los autos, testimonio librado por el Escribano del Juzgado del distrito del Hospital de Barcelona, con referencia al ejecutivo seguido por aquél contra D. Juan Cañellas del auto de 10 de Diciembre de 1891, despachando ejecución contra éste por 91.196 pesetas 30 céntimos, mandándole requerir de pago, y de no realizarle, se procediese al embargo de bienes y citación de remate; del requerimiento hecho por cédula entregada á D. Ricardo Ventura, y del embargo trabado sobre la parte indivisa de 405.834 palmos cuadrados edificables de las fincas Rovell del Ou y Magoria, sitas en Sans, provincia de Barcelona; certificación del Registrador de la propiedad de Occidente de dicha capital, de la que aparece que la finca núm. 1 del mandamiento que se le expidió, la tenía el Cañellas vendida á carta de gracia ó pacto de retro á Doña Adela Bonay por 25.585 pesetas, por tres años, según escritura de 24 de Enero de 1894; no certificando el propio Registrador de las demás fincas, por no expresarse en el mandamiento los tomos donde están inscritas; item del escrito de D. Salvador Samá, solicitando mejora de embargo, providencia acordándolo y requerimiento hecho en Madrid á D. Juan Cañellas en 5 de Febrero de 1895, al que contestó éste que el asunto estaba transigido y le constaba á Samá, por estarse ventilando en el Juzgado de Tarragona, que no cabía mejora de embargo, por cuanto todos sus bienes, á pesar de que los usufructuaba su madre, estaban hipotecados á favor del D. Salvador Samá y habían sido por éste embargados, discutiéndose el levantamiento de los embargos por virtud de la transacción pendiente en Tarragona de las posiciones que debía absolver el Samá, etc.; certificación librada por el Secretario de Sala de la Audiencia de Barcelona, Zurbano, haciendo constar que en los autos ejecutivos promovidos por D. José Roig contra D. Juan Cañellas, procedentes del Juzgado de Tarragona, obran los siguientes particulares: auto de 24 de Mayo de 1895, despachando ejecución contra los bienes de Cañellas por 4.800 pesetas 84 céntimos, con más los intereses legales de 4.732 pesetas y costas; diligencia de requerimiento hecho por cédula en 1.º de Abril de 1896; ídem de 13 de Abril, consignando el deudor 6.000 pesetas en pago al ejecutante Roig; providencia de 14 de Abril, mandando entregar la suma consignada, dando por terminado el juicio, y que se librara á Cañellas el testimonio que había pedido; escrito de Roig, fecha 17 de Abril, manifestando haber sabido que en 11 fué declarado en concurso Cañellas, por lo que pedía reposición de la anterior providencia en el sentido de que la cantidad consignada se entendiera á las resultas del concurso; auto de 30 de Abril no dando lugar á la reposición solicitada; escrito de apelación de Roig; providencia admitiéndola; escrito de Roig á la Sala compareciendo, y providencia de ésta teniéndole por comparecido y mandando se forme el apuntamiento; testimonio expedido por el Notario D. Alfonso Grande de la escritura de préstamo otorgada en Tarragona en 14 de Abril de 1888 por Doña Angela Tomás y sus hijos D. Juan, D. Rafael y D. Luis Cañellas á favor de D. Salvador Samá, en la que para garantir á éste la indemnidad de las responsabilidades que hasta 89.000

pesetas en capital tiene contraídas por los descuentos de pagarés pendientes y la que contraiga por las obligaciones que los sustituyan, y el pago, en su caso, de 45.568 pesetas que se le adeudan, é intereses al 4 por 100, y 5.000 pesetas para costas, hipotecó la Doña Angela Tomás por 35.000 pesetas la casa núm. 11 de la calle de Rebolledo, de Tarragona, y la misma Doña Angela y D. Juan, D. Luis y D. Rafael Cañellas, hipotecan en seguridad de 99.568 pesetas de capital y 5.000 fijadas para costas, la casa núm. 7 de la calle de Apodaca, de dicha ciudad; y otro testimonio librado por el Escribano del Juzgado del distrito de Palacio de esta corte, D. Fernando Beltrán, con referencia á los autos ejecutivos seguidos en dicha Escribanía por D. Miguel Lizárraga contra D. Juan Cañellas, de los que resulta que, despachado en 19 de Febrero de 1887 mandamiento de ejecución contra los bienes de éste, é importando las costas al hacerse la tasación 8.597 pesetas, tan sólo habían sido satisfechas de dicha suma por Cañellas 2.950 pesetas á D. Santiago Gascón, cesionario del crédito de Lizárraga, no habiéndose podido verificar el requerimiento de pago de dicha cantidad al Cañellas por encontrarse ausente:

Resultando que seguido el pleito por sus trámites en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en 16 de Noviembre de 1897, pronunció sentencia confirmatoria de la del Juzgado del distrito del Hospital, declarando no haber lugar á la oposición formulada á nombre de D. Juan Cañellas y Tomás á la declaración de concurso necesario de acreedores, proferida con auto de 11 de Abril de 1896, estándose á lo acordado en el mismo, sin especial condena de las costas de primera instancia, é imponiendo las de la segunda al apelante:

Resultando que D. Juan Cañellas y Tomás ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en los números 1.º y 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Infracción de los arts. 1158, 1161, 1162 y 411, 413 y 414 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto al desestimar la sentencia recurrida la oposición formulada á la declaración del concurso por Don Juan Cañellas, mantiene esa declaración, á pesar de faltar el primer elemento que exige el citado artículo, á saber, la existencia de dos ó más ejecuciones pendientes contra el deudor; extremo no acreditado conforme correspondía por D. Salvador Samá, puesto que respecto á la ejecución instada por D. José Roig en Tarragona no consta en el testimonio acompañado por Samá hubiese en ella sido requerido de pago en su domicilio el deudor, ni citado de remate, ni mucho menos se hubiese trabado embargo sobre sus bienes; aparte de que se da valor á una ejecución que no existe, puesto que quedó extinguida mediante el pago hecho por Cañellas, con perfecta capacidad, pues no tenía noticia del auto de declaración de concurso, ni se le había notificado aún, por lo que al admitir como pendiente dicha ejecución, ó se reconoce influencia al auto en que se declara el concurso sobre la capacidad del deudor sin haberla sido notificado, infringiéndose el art. 1161 de la ley procesal, ó se parte de la base de que basta la existencia de la ejecución Roig en el preciso momento de la petición y declaración de concurso, con lo que se limitan al deudor las causas de oposición á su declaración de concurso, infringiéndose el 1162 de dicha ley; y por lo que respecta á la ejecución de Lizárraga, hoy su cesionario Gascón, seguida en el Juzgado de Palacio de esta corte, ni se tuvo en cuenta al dictarse el auto de concurso, ni se acreditó previamente su existencia por Samá, ni se ha requerido de pago al deudor, ni se le ha citado de remate, ni tiene valor legal, por haber caducado y haber sido abandonada la instancia, infringiéndose al acep-

taria como válida los arts. 411, 413 y 414 de la ley de procedimientos:

Segundo. Infracción del propio art. 1158 de la ley de Enjuiciamiento civil, al estimar la sentencia que carece el recurrente de bienes libres, conocidamente bastantes á cubrir la cantidad que se le reclama, ya que no se acreditó se haya practicado gestión alguna de la que resulte no tenga el recurrente otros bienes libres de responsabilidad, pues no es bastante para ello la contestación dada por éste en 5 de Febrero de 1895 al ser requerido con motivo de la mejora de embargo decretada á petición de D. Salvador Samá, ni aparece esa carencia de las ejecuciones Roig y Lizárraga, en méritos de las que no ha llegado á trabarse embargo; aparte de que el recurrente ha demostrado con documentos públicos y fehacientes que, además de los embargados, posee muchos bienes libres de responsabilidad, bastantes á cubrir la cantidad que se le reclama:

Tercero. Infracción de los arts. 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, y 1216 y 1218 del Código civil, en cuanto la Sala sentenciadora estima por un lado como pendientes contra D. Juan Cañellas las ejecuciones de Roig y Lizárraga, no obstante de que de los testimonios producidos no aparecen datos bastantes para acreditarlo en condiciones legales, y por otro aprecia que el mismo Cañellas no posee bienes libres de responsabilidad bastantes á cubrir las cantidades que le reclama Samá, á pesar de constar por las dos certificaciones del Registro de la propiedad, una de 2 de Junio de 1896, con referencia á Valls, y otra de 3 del propio mes, respecto á Tarragona, y por el oficio de la Secretaría del Colegio de Abogados de Madrid, que posee tales bienes, y tener reconocido el propio Samá el verdadero valor de éstos muy superior al que del Registro resulta, por lo que se derivan, en cuanto á la apreciación de la prueba, *un error de derecho* respecto de las citadas prescripciones legales que regulan la eficacia probatoria de los documentos aludidos, que no lo evita la alegación de que la prueba ha sido apreciada en conjunto, porque sobre ese extremo sólo ha mediado la documental, habiendo sido el aludido error determinante del fallo en el sentido expuesto; y *un error de hecho* resultante de documento auténtico, en cuanto al aceptar D. Salvador Samá en la escritura de 14 de Abril de 1888 el valor de 140.000 pesetas para la casa núm. 7 de la calle de Apodaca, de Tarragona, muy superior por cierto al que tiene en el Registro asignado, ha venido á reconocer que el valor que las fincas de Cañellas tienen es muy superior al que en el Registro se les señala, apareciendo con ello la evidente equivocación de la Sala sentenciadora al calificar de insuficientes los referidos bienes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que las dos condiciones exigidas por el art. 1158 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que á instancia de uno ó más acreedores legítimos pueda decretarse la declaración del concurso necesario de acreedores, se refieren precisamente al tiempo en que semejante declaración se solicita y decreta; y siendo un hecho cierto que, aun prescindiendo de la ejecución pendiente en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de esta corte, existían ya contra D. Juan Cañellas otras dos ejecuciones que se tuvieron en cuenta al dictarse el auto declaratorio del concurso de 11 de Abril de 1896, carece de fundamento la oposición formulada por el deudor sobre la base de no existir ya la ejecución instada por D. José Roig en el Juzgado de Tarragona, mediante la consignación de 6.000 pesetas, verificada el día 13 del mismo mes y año para pago de principal, intereses y costas, y por consiguiente, por un acto posterior á la declaración del concurso, y porque, á mayor abun-

damiento, en este caso la consignación fué impugnada por el acreedor con la pretensión de que se entendiera hecha á las resultas del concurso necesario de acreedores, ya decretado por el Juzgado del distrito del Hospital de Barcelona, y que sometida esta cuestión en alzada á la resolución de la Audiencia de aquel territorio, se hallaba consiguientemente *sub judice* la legitimidad del pago y su eficacia para dar por terminado dicho juicio ejecutivo:

Concidorando que, en virtud á lo anteriormente expuesto, al estimar la Sala sentenciadora la concurrencia del primero de los requisitos que para la declaración del concurso necesario de acreedores exige el precitado art. 1158 de la ley procesal, no sólo no lo ha infringido, sino que se atuvo á su terminante precepto y á lo dispuesto en los arts. 1161 y 1162, sin que obsten los defectos de tramitación que el recurrente atribuye al ejecutivo instado en Tarragona, porque tales faltas, si las hubiera, no desvirtuarían la realidad y existencia del juicio, ni ha infringido tampoco los arts. 411, 413 y 414 de la propia ley, que se invocan asimismo en el primer motivo del recurso, ya que la Audiencia sólo menciona la ejecución de Lizárraga como un argumento más que abona la procedencia y necesidad de confirmar la resolución apelada, y que contra los considerandos de las sentencias no se da recurso de casación cuando no constituyen la premisa obligada del fallo:

Considerando que también concurrió para la declaración de concurso el segundo de los requisitos que exige el artículo citado 1158 de dicha ley, el cual no ha sido infringido en el concepto que se expresa en el segundo motivo, ni tampoco los que se citan en el tercero del recurso, pues la Sala sentenciadora, sin desconocer el valor y eficacia de los documentos públicos presentados por las partes, estima como subsistentes las ejecuciones de Roig y Lizárraga, y que se halla acreditado en la del Marqués de Marianao, no sólo por los mismos expresados documentos, sino por manifestaciones del deudor en la diligencia sin efecto sobre mejora de embargo, que carece de bienes libres de otra responsabilidad conocidamente bastantes á cubrir la cantidad reclamada, afirmación que no contradicen los expresados documentos, ni éstos prueban con la evidencia que la ley exige el error de hecho en que pudiera incurrir el juzgador; y que esto supuesto, y no siendo de estimar como tales bienes apreciables los productos que obtenga el recurrente de su profesión de Abogado, que por ser desconocidos, eventuales é inciertos no constituyen una responsabilidad efectiva que pueda garantizar el cuantioso importe de la deuda, carecen de fundamento los dos últimos expresados motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Juan Cañellas y Tomás, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la correspondiente certificación, devolviéndola el apuntamiento y documentos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 22 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 111.—TRIBUNAL SUPREMO.—22 de Marzo, pub. el 17 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Tasación de costas.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Muñoz Romero contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en pleito con D. José Muñoz López y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que ni del art. 1051 del Código civil, relativo al modo de acabar con el estado de indivisión de la herencia, cuando el testador hubiere prohibido dividirla, ni del 1038 de la ley de Enjuiciamiento, que se limita á designar quiénes son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría, cabe inferir el supuesto erróneo de que cada heredero por sí solo representa la herencia, pudiendo por ello litigar á costa y con cargo á la misma en dicho juicio, pues si de los citados preceptos cabe inferir algo acerca de ese punto, es precisamente lo contrario, por ser inconcuso que no representa la herencia como entidad jurídica, sino su propio é individual derecho cada uno de los herederos al obrar en ejercicio de la acción que les compete para obtener la división de los bienes hereditarios, siguiéndose de ello que al juicio de testamentaría es aplicable la regla general de derecho, según la cual debe cada parte litigante satisfacer las costas por sí y para sí causadas, así como contribuir con igualdad al pago de las que sean comunes á todas las mismas partes, salvo el caso de haber sido alguna de ellas condenada á pagar las causadas por su adversario:

Que el art. 1064 del Código civil antes confirma que modifica esa regla, en cuanto ordena que los gastos de partición de la herencia hechos en interés de todos los herederos se deducirán de la misma herencia, y que los hechos en interés de alguno de ellos serán de su cargo; puesto que de aplicar este precepto al pago de las costas causadas en el juicio universal sobre partición de herencia, deberían satisfacer con cargo á la misma tan solamente las costas relativas á las operaciones particionales hechas en interés común de todos los coherederos, mas no las causadas por cualquier otro concepto á instancia particular de alguno de ellos, sobre cuyo pago hay que estar, por tanto, á la regla de derecho procesal anteriormente expuesta:

Que el art. 424 de la ley procesal se refiere á un caso sustancialmente distinto, como lo es el de haber sido algún litigante condenado al pago de las costas causadas á su adversario.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Marzo de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia de Yecla y en la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Albacete por D. José, D. Angel y Doña Francisca Muñoz y López, ésta asistida de su marido D. José López y Palao, con D. José Muñoz y Romero, todos propietarios y vecinos de Yecla, sobre impugnación de una tasación de costas en un juicio voluntario de testamentaría; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, dirigido por el Licenciado D. Justino Bernad y representado por el Procurador Don Bernardo de Pablo, habiéndolo estado los recurridos por el Letrado Don

Ramiro Alonso de Villapadierna y por el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que promovido por D. José Muñoz Romero, en escrito de 30 de Junio de 1895, el juicio voluntario de testamentaría de su abuela Doña María Pía López, solicitando al par la intervención del caudal por ésta dejado, limitada á la formación del inventario, practicado el cual se citara á los interesados á junta, á los efectos del art. 1068 y siguiente de la ley de Enjuiciamiento civil, se celebró dicha junta, en la que se acordó por los interesados suspender el juicio, fijando un plazo de dos meses para que el contador antes nombrado, D. Francisco Esteve, terminara las operaciones, autorizando á todos aquellos para que, si por cualquier circunstancia que fuese no se terminaban en ese plazo, pudieran instar de nuevo el juicio:

Resultando que en escrito de 22 de Mayo de 1896 pidió Muñoz Romero la continuación de dicho juicio, para la que se acordara cuanto en derecho procediera, por haber transcurrido con exceso el plazo de dos meses, contados desde 11 de Julio del año anterior, sin que hubiese podido conseguir la distribución y adjudicación de los bienes:

Resultando que en otro escrito de 8 de Junio siguiente, Muñoz Romero, por haber dispuesto el Juzgado que antes de citarse á D. Francisco Rentero se acreditara su carácter de tutor del heredero D. Enrique Muñoz, pidió que para ello, y como procedente, se pusiera testimonio en relación de que en el Registro de tutelas resultaba ser aquél tal tutor, y una vez hecho, se ordenara siguiera el juicio, practicándose las diligencias correspondientes:

Resultando que en otro escrito de 16 del mismo mes de Junio de 1896 solicitó el propio Muñoz Romero se constituyera al día siguiente el actuario para la continuación del inventario, en la casa de labor de la Cañada, y requiriese á la heredera Doña Loreto Muñoz López á facilitarle la entrada en la habitación donde se encontraban los cereales, á los efectos de medirlos y poder incluirlos en el inventario, acordándose también, para el caso de no responder la Doña Loreto á ese requerimiento, descerrajar las puertas á dicho efecto:

Resultando que en 26 del mismo mes de Junio se celebró ante el Juzgado junta de herederos, en la que expresaron todos que las particiones estaban casi ultimadas por el contador nombrado de común acuerdo, Don Francisco Esteve, y los bienes casi todos en poder de los interesados, por lo que solicitaban se omitiese el nombramiento de administrador y peritos, y se ratificase el nombramiento de contador, al cual se le señalaba el término de quince días para presentar las operaciones, y hecho, se les diese vista de ellas, para prestarles su conformidad si lo conceptuaban conveniente, teniendo el Juez por convenidas á las partes en lo expuesto, y quedando el Procurador Esteve en presentar dichas operaciones en el indicado término:

Resultando que en escrito de 16 de Julio posterior, Muñoz y Romero, diciendo habérsele notificado la providencia recaída en el juicio á consecuencia de la presentación de dichas operaciones divisorias, é invocando el art. 1084 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidió se le entregaran para su examen, con los autos, por término de quince días:

Resultando que en otro escrito de 7 del inmediato Agosto impugnó las expresadas operaciones, proponiendo los medios más convenientes para la subsanación de las equivocaciones que en ellas existían, y pidió se las tuviera por impugnadas en forma legal y tiempo hábil, y que, de acuerdo con el art. 1086 de la ley de Enjuiciamiento civil, se convocara á junta á todos los interesados y al contador Esteve, para que se

dieran mutuamente explicaciones y se resolviera lo más conveniente:

Resultando que en junta de todos los interesados ante el Juzgado en 14 del citado mes de Agosto, dadas por el contador Esteve explicaciones para acreditar el por qué había hecho las operaciones presentadas, acordaron aquéllos por unanimidad tenerlas por bien hechas y prestarles su completa conformidad, solicitando del Juzgado su aprobación, con la adición de que en las cuentas que en su día había de presentar el heredero D. José Muñoz López, había de consignar el precio á que en realidad se hubiese vendido el grano que tenía adjudicado para pago de gastos de la testamentaría, y no el consignado en las referidas operaciones:

Resultando que en otro escrito de 28 del mismo mes de Agosto, Muñoz Romero, expresando que terminado el juicio por auto del 19, acordándose la protocolización de las particiones, pidió se mandara practicar la tasación de costas causadas á su instancia, de la que, luego de hecha, se diese vista á los interesados por término de tres días:

Resultando que en la declaración tercera de las repetidas particiones, protocoladas en la Notaría de Yecla, á cargo de D. Manuel Redondo, se dice que los derechos de inventario, avalúo, partición, testimonios de hipotecas, transmisión de bienes é inscripción de las fincas serían satisfechos con cargo al haber de gastos, como estaba acordado por los herederos, por D. José Muñoz López:

Resultando que D. José, D. Angel y Doña Francisca Muñoz López, asistida ésta de su marido D. José López Palao, dedujeron en 4 de Septiembre de dicho año 1896 demanda incidental, diciendo usar del derecho que les concedía el art. 429 de la ley de Enjuiciamiento civil, y solicitando se declarase que los escritos y diligencias con que se había continuado el juicio de testamentaria de Doña María Pía López, cuya suspensión se acordó por solemne convenio de todos los interesados, excepto los señalados en la minuta de 29 de Agosto con los números 4.º y 5.º, eran de completa inutilidad y supérfluos con referencia á la partición de los bienes relictos, debiendo satisfacerlos en todo caso D. José Muñoz y Romero, á instancia del cual se habían causado con pleno conocimiento de causa, y que se impusieran á dicho demandado las costas del incidente; para lo que, entre otras cosas, alegaron: que con los escritos señalados en la indicada minuta con los números 1, 2 y 3, se propuso aquél continuar el juicio de testamentaría suspendido un año antes por acuerdo de todos los interesados, continuación improcedente, por perjudicar los intereses de la testamentaría, ocasionando gastos de que no podía ser ésta responsable; y si el contador, á quien se le señaló un plazo para que presentara terminadas las operaciones, no lo hizo así, y se tomó mucho más tiempo con aquiescencia de los interesados, ni se le podía exigir responsabilidad directa al no haber empleado las conminaciones determinadas en la ley, ni mucho menos podía ser responsable de tal demora la testamentaría, ajena del todo á ella; pero el erróneo procedimiento seguido, que por lo visto se dirigía exclusivamente á obtener el aseguramiento de los bienes con la formación de inventario, y las diligencias á tal objeto practicadas, que también contenían deficiencias, habían resultado además de una perfecta inutilidad, puesto que en la junta de 26 de Junio todos los interesados, incluso el propio Muñoz Romero, aceptaron las particiones privadas que en borrador presentó el contador nombrado, con el inventario que les había servido de base, no teniendo, por tanto, aplicación alguna á las operaciones practicadas el inventario judicial, cuya formación resulta inútil y supérflua, y como á Muñoz Romero le constaba en detalle esa superfluidad, la petición de dicho inventario había sido hecha para causar á sus coherederos gastos

y vejaciones de todo extremo innecesarios; que de igual inutilidad, y á la vez de excesivos, con relación al objeto y resultados por ellas obtenidos, eran las partidas 4.ª y 5.ª de la minuta, por oponerse á la partición practicada, para después aceptarla íntegra en la junta de 14 de Agosto, pues aparecía inverosímil invertir tres días en el examen de unos autos que sólo contenían diligencias por él solicitadas y de las que debía tener pleno conocimiento, aun sin examinarlas, y precisarles también analizar las particiones que debían serle tan conocidas como los autos mismos, ya que fueron hechas con extraordinaria laboriosidad y á fuerza de acuerdos tomados en infinitas reuniones privadas que los interesados tuvieron desde su comienzo, siendo también inexplicable que para justificar un trámite determinado taxativamente en la ley y al que no podía oponerse el Juzgado, fuera de necesidad un escrito en la forma del de 16 de Julio, que forzosamente había de dar por resultado la fijación de honorarios nada módicos; que si resultaban inútiles por sus efectos los escritos y actos antes mencionados, más lo era el de oposición á las particiones fechado en 7 de Agosto, cuyo examen, más que cuantos razonamientos pudiera emplear esta parte, hacía ver las injusticias y falta de buena fe en que estaban inspirados los ocho pliegos de su contenido, siendo los siete puntos de oposición en él expuestos una pura novela, tan falta de fundamento, como lo demostraba en el acta de 14 de Agosto, pues cuando los innumerables cargos acumulados, de haberlos sostenido, habrían venido á reformar en absoluto la partición, á los siete días concurrió á dicha junta general aquella parte y sorprendió á los demás interesados y al contador con su completo allanamiento á dicha partición, no sirviendo para nada el aludido escrito, ni quedando de él más vestigios, después del acta referida, que las partidas 6.ª y 7.ª de la minuta; que en la tasación de costas no se deben comprender los derechos correspondientes á escrito, diligencias y demás actuaciones inútiles ó supérfluas, y como en este asunto la misma partición presentada por el contador y aprobada por todos los interesados demostraba que había habido entre ellos perfecto acuerdo para distribuirse el caudal relicto, faltaba motivo de justificación suficiente para proseguir ese juicio de testamentaría, supérfluo é innecesario; y que no se podía exigir el pago de costas á ningún litigante cuando no había sido condenado á su pago, y ellos no lo habían sido; debiendo ser las de todo juicio de cuenta y cargo del que las motiva ó de la persona condenada al pago:

Resultando que D. José Muñoz Romero contestó á dicha demanda, alegando también, entre otras cosas: que transcurrido el plazo de dos meses, fijado en la junta de 11 de Julio de 1895, practicó infinitas gestiones para que amistosamente se terminaran las operaciones divisorias, y no lográndolo, unos ocho meses después de terminado dicho plazo instó de nuevo el juicio, por ser preciso de absoluta necesidad para aquel fin, y porque quien pudo promoverlo pudo continuarlo, y á ello tenía derecho en virtud de lo acordado en dicha junta; que nadie pensó en repetir contra el contador, porque no se deseaban litigios, sino la pronta terminación de las operaciones, para lo que más llano era ejercitar el derecho de instar de nuevo el juicio, y porque el contador nada podía hacer si no se ponían de acuerdo las partes; que instada la continuación, se citó á los interesados para la formación del inventario, sin que ninguno hiciera la menor protesta, consintiendo, por tanto, en su formación, y practicado dicho inventario, se celebró junta, en la que, también sin protesta de nadie, se nombró contador á Esteve, señalándole un plazo de quince días para que presentara terminadas las operaciones, como lo hizo, siendo puestas de manifiesto, examinándolas esta

parte y notando en ellas defectos que no podía autorizar, porque lastimaban grandemente sus intereses, por lo cual solicitó su entrega y formuló el escrito de impugnación por varios motivos, entre ellos los cinco que expresó, consistentes en que los precios fijados en el inventario á las reses lanares, al trigo, cebada y avena, y por el que se adjudicaban á otros, no era el convenido, el corriente en el mercado ó el en que habían sido ya vendidos, todo lo cual detalla, y en que no se había hecho constar lo convenido respecto al ensanche de cierto camino en una finca, y que el acuerdo tomado en la junta de 14 de Agosto y consignado en el acta, demostraba que no fué inútil la oposición; que en ninguna ocasión habían protestado de esos escritos y dtligencias los otros herederos, sino que, por el contrario, habían consentido los unos y practicado los otros, asistiendo á las juntas, tomando acuerdos y accediendo á las pretensiones de esta parte; siendo extraño que considerando la contraria inútil el juicio, se hubiese limitado á impugnar solamente algunos escritos; pero la necesidad de aquél, instado cinco años después de muerta la causante, estaba también reconocida por los contrarios al comprometerse á abonar y haber abonado los gastos causados hasta la suspensión, y la continuación era un derecho suyo, también reconocido por los otros en el acto de la junta en que se acordó la suspensión, y lo ejercitó, no á los dos meses, sino á los ocho; habiendo sido de absoluta necesidad todos los escritos que se quería excluir de la tasación de costas, los tres primeros de la minuta, porque sólo á instancia de parte se podía tramitar los juicios y practicar las diligencias necesarias para justificar la representación de los incapacitados; los estudios á que se refería el núm. 4.º, porque los autorizaba el art. 1079 de la ley de Enjuiciamiento civil, y los escritos números 5, 6, 7 y 8, porque los autorizaba también ésta, el primero en el art. 1084, los otros dos en el 1086, y el último en el 421, que no debe interpretarse literalmente, y porque era de necesidad cuando no se pagaba voluntariamente; y debiendo abonarse, por tanto, todos, hubiesen dado ó no resultado, que no podía ser mayor el conseguido por los de 5 y 6 de Julio, pues dieron lugar á lo consignado en el acta de 14 de Agosto y á la reforma de las particiones:

Resultando que ambas partes suministraron, entre otras pruebas, la de testigos, y el demandado dirigió además posiciones á los demandantes, quienes afirmaron, aparte de otros extremos, que aquél les asedió continuamente dos años para que se terminara la partición, agregando D. Angel que él también asediaba á aquél, y que todos tenían el propósito de que se acabara pronto; agregando D. José que acordaron para ello dejar aparte la cuestión referente á cierto censo, no habiendo sido de ellos la culpa de que no se acabase antes:

Resultando que continuada la sustanciación en dos instancias, la Sala de vacaciones de la Audiencia de Albacete, por sentencia confirmatoria de 18 de Julio del año próximo pasado, declaró que los honorarios devengados por el Letrado defensor de D. José Muñoz Romero, comprendidos en la minuta con los números 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 7.º y 8.º, debía satisfacerlo el indicado Muñoz Romero, é impuso al mismo las costas de ambas instancias:

Resultando que D. José Muñoz Romero ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos:

Primero. El art. 1064 del Código civil, en relación con el 424 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque el primero de ellos preceptúa que se deduzcan de la herencia los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos, y que sean de cuenta de cada uno los hechos con interés particular, sin que diga más dicho artículo, por lo cual

queda á los Juzgados y Tribunales encargados de aplicarlo el hacer la distinción entre las diligencias y gastos que deben reputarse comunes y las que deben estimarse particulares; pero esa distinción no pueden hacerla de una manera arbitraria, sino ajustándose á lo que dispone el artículo 424 de la ley de Enjuiciamiento civil, de perfecta aplicación al caso, por ser las disposiciones del título y libro en que está incluído, comunes, lo mismo á la jurisdicción voluntaria que á la contenciosa; y si las diligencias á que se refiera la regulación de costas que se trate de hacer son precisas para la tramitación legal del juicio, si han reportado alguna utilidad á todos los interesados en él, si el haber pedido una de las partes que se llevasen á cabo ha evitado á las otras hacer igual petición, no se podrá menos de calificarlas de comunes, y también de gastos comunes los que representen esas actuaciones ó diligencias, aun cuando sea una sola de las partes la que haya pedido que se practicaran; y no se puede negar que esos requisitos concurren en los escritos presentados por el recurrente en el juicio voluntario de testamentaría de Doña María Pía López, pues en cualquiera de ellos, por ejemplo, en el de 8 de Junio de 1896, que parece el menos necesario, se observa al momento que hizo muy bien en presentarlo y pedir que se citara al tutor del coheredero D. Enrique Muñoz López, y que acreditara aquél en las actuaciones su carácter de tal, con testimonio de la inscripción que de su cargo obraba en el Registro de tutelas, porque de no haberlo pedido él y acordado el Juzgado, habrían resultado inútiles é ineficaces las particiones, por faltar el consentimiento de uno de los interesados en ellas, y además no inscribibles los bienes partidos, por tener dispuesto la Dirección general de los Registros, en infinidad de resoluciones, que no se inscriban los bienes en cuya división ó partición no hayan intervenido todos sus condueños, incluso los menores ó incapacitados, que intervendrían en ella, representados por sus tutores, que á su vez acreditarían debidamente su personalidad; sucediendo lo mismo que con el citado escrito de 8 de Junio de 1896 con los demás, pues todos se presentaron ejercitando un derecho reconocido por la ley y en solicitud de alguna diligencia indispensable para que no se paralizase la tramitación de la testamentaría, no pudiendo, por tanto, ser más evidente que aquellos escritos fueron beneficiosos para todos los interesados en la partición, y de consiguiente, que han debido ser satisfechos con los fondos generales de la herencia, sin embargo de lo cual, la sentencia recurrida dispone que los pague uno solo de los herederos; y

Segundo. Los arts. 1051 del Código civil y 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil; porque en uno de los considerandos del fallo recnrrido se afirma que dentro del juicio de testamentaría pueden los coherederos sostener pretensiones diversas, que darán lugar á diligencias y gastos que no deben ser cargo del caudal que se trate de dividir; y aparte de que en el caso actual no han sostenido los interesados pretensiones distintas, ni nadie se ha opuesto á lo pedido y hecho á instancia del recurrente para que la testamentaría de Doña María Pía López no se eternizara, la letra y el espíritu de los dos artículos citados y los demás contenidos en las diferentes secciones de los títulos de que forman parte no autorizan semejante deducción; al contrario, suponen que el caudal hereditario es una entidad jurídica con derechos y obligaciones que pueden ejercitar todos los herederos, una cosa divisible y cuya división favorecen, autorizando á aquéllos para pedirla cuando lo tengan por conveniente, disponiendo al propio tiempo que mientras permanezca indivisa se paguen con ellas los gastos de su defensa y administración y los originados para su división, sin permitir que dentro de ésta se puedan sus-

citar esas diversas y costosas cuestiones de que habla la Sala sentenciadora, porque á cuantas se puedan promover da solución rápida y terminante la ley de Enjuiciamiento, y la única que autoriza á tratar con mayor extensión y que puede originar gastos importantes, tiene señalados trámites especiales en el art. 1088, pudiendo el Tribunal, al fallarla, apreciar la temeridad de los que la sostuvieren y cargar las costas al que hubiere procedido con ella; pero todas las demás diligencias y gastos necesarios para la división judicial ó extrajudicial de ese caudal tienen que ser comunes y estimarse como baja del mismo, aun cuando la pida é impulse uno solo de los herederos, porque de lo contrario sería ilusorio en la mayoría de los casos el derecho concedido por los dos artículos invocados, pues cada uno de los herederos renunciaría á ser el primero en ejercitarlo, esperando á que pidiera la partición otro y se hiciese á instancia de éste, para que el mismo pagase los gastos con su cuota hereditaria, de una manera que la doctrina de dicho considerando dificulta ó impide el ejercicio del derecho tan expresamente reconocido por los artículos citados, y de consiguiente los infringe.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín González de la Peña:

Considerando que ni del art. 1051 del Código civil, relativo al modo de acabar con el estado de indivisión de la herencia, cuando el testador hubiese prohibido dividirla, ni del 1038 de la ley de Enjuiciamiento, que se limita á designar quiénes son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría, cabe inferir el supuesto erróneo en que se funda el recurso, ó sea el de que cada heredero por sí solo representa la herencia, pudiendo por ello litigar á costa y con cargo á la misma en dicho juicio; pues si de los citados preceptos legales cabe inferir algo acerca de ese punto, es precisamente lo contrario, por ser inconcuso que no representa la herencia como entidad jurídica, sino su propio é individual derecho cada uno de los herederos al obrar en ejercicio de la acción que les compete para obtener la división de los bienes hereditarios; siguiéndose de ello, en cuanto es pertinente para la cuestión controvertida en el recurso, que al juicio de testamentaría es aplicable la regla general de derecho, según la cual, debe cada parte litigante satisfacer las costas por sí y para sí causadas, así como contribuir con igualdad al pago de las que sean comunes á todas las mismas partes; salvo el caso de haber sido alguna de ellas condenada á pagar las causadas por su adversario:

Considerando que el art. 1064 del Código civil antes confirma que modifica esa regla, en cuanto ordena que los gastos de partición de la herencia, hechos en interés de todos los herederos, se deducirán de la misma herencia, y que los hechos en interés de alguno de ellos serán de su cargo; puesto que de aplicar este precepto al pago de las costas causadas en el juicio universal sobre partición de herencia, deberían satisfacer con cargo á la misma tan solamente las costas relativas á las operaciones particionales hechas en interés común de todos los coherederos, mas no las causadas por cualquier otro concepto á instancia particular de alguno de ellos, sobre cuyo pago hay que estar, por tanto, á la regla de derecho procesal anteriormente expuesta:

Considerando, en consecuencia de todo ello, que al estimar el fallo recurrido que el recurrente, y no la herencia, debe pagar los honorarios devengados por su Abogado al defenderle en el juicio de testamentaría á que este incidente se refiere, no infringe los artículos anteriormente citados; y que tampoco ha infringido el art. 424 de la mencionada ley de Enjuiciamiento, invocado juntamente con los anteriores, por referirse á un caso sustancialmente distinto del actual, como lo es el de haber

sido algún litigante condenado al pago de las costas causadas á su adversario;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Muñoz Romero, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Joaquín González de la Peña, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 22 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Num. 112.—TRIBUNAL SUPREMO.—22 de Marzo, pub. el 17 de Mayo.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Pago de cantidad.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Cirera y otro contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Ricardo Esteve.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que las leyes 7.ª y 8.ª, tít. 2.º, libro 17 del Digesto, Pro socio, *se refieren á la sociedad universal civil, y no tienen aplicación alguna á la sociedad mercantil creada para un determinado objeto:*

Que no cabe dar efecto retroactivo al art. 57 del Código de Comercio:

Que las leyes 85, párrafo 7.º, tít. 1.º, libro 45, De verborum obligationibus; *24 y 81, párrafo primero, tít. 1.º, libro 35,* De conditionibus et demostrationibus, *del Digesto, no son aplicables á una cuestión mercantil:*

Que dichas leyes y las 14, tít. 4.º y 22, tít. 9.º de la Partida 6.ª, se refieren á condiciones potestativas, y no á mixtas y casuales:

Que el art. 235 del Código de Comercio no puede ser aplicado tratándose del cumplimiento de una obligación anterior al mismo Código.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Conrado Rouviere y Bula y D. José Cirera y Ripoll, cesante el uno, propietario el otro, y ambos vecinos de dicha ciudad, con D. Ricardo Esteve Saladrigas, Abogado, de igual vecindad, en concepto de Presidente de la Comisión liquidadora de la Sociedad anónima Ferrocarril y Minas de Berga, sobre pago de cantidades, importe de asignaciones ó emolumentos; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes, representados por el Procurador D. Gregorio Moreno Rodrigo, bajo la dirección del Letrado D. Martín Rosales, sustituído luego por el Letrado D. Vic-

tor P. Brugada; habiéndolo estado la parte recurrida por el Procurador D. Antonio Bendicho, y defendida por escrito por el Doctor D. José Leopoldo Feu, y en el acto de la vista el Letrado D. Ramón Jordana Rovirosa:

Resultando que la Sociedad La Carbonera Española, al acogerse á la ley de 19 de Octubre de 1869, en junta general de 29 de Abril de 1870 modificó sus estatutos en los términos consignados luego por sus representantes en escritura pública de 29 de Abril de 1871, expresando en el artículo 1.°, que la duración de la misma sería indefinida; en el 2.°, que su objeto era la conservación de su propiedad minera y de la que tuviera por conveniente adquirir en lo sucesivo, así como levantar edificios, construir planos inclinados y todas las vías de comunicación que pudieran facilitar la explotación de sus minas y la extracción y venta de sus carbones; en el 3.°, que su capital estaría representado por 26.000 acciones, iguales en derechos y obligaciones, las cuales satisfarían por igual todos los gastos de la Compañía, y participarían por igual de todas sus ganancias, pérdidas, créditos é intereses, teniendo también igual participación en la propiedad minera y en el material reunido en las minas, edificios y vías de comunicación de que hablaba el artículo anterior; en el 23, que los dividendos activos deberían ser exclusivamente de beneficios realizados; en el 24, que el pago de los dividendos activos se efectuaría cortando los cupones correspondientes de los títulos de las acciones, á medida que se satisficieran, y con las formalidades que determinara la Junta directiva; en el 41, que cada uno de los individuos de la Junta directiva percibiría anualmente 12.000 reales vellón, y además tendrían juntos el 6 por 100 de los beneficios líquidos que resultaran de los balances anuales; y en el 61, que correspondía á la Junta general ordinaria, entre otras cosas, el examen y aprobación del balance y Memoria anual que debiera presentar la Junta directiva:

Resultando que por escritura pública de 30 de Agosto de dicho año 1871, La Carbonera Española cedió y traspasó á D. Ramón Salvadó los derechos que la competían como concesionaria del ferrocarril de Manresa á Guardiola y como propietaria de 1.486 pertenencias mineras de carbón, bajo las condiciones, entre otras, de que el concesionario constituiría el depósito que había de hacerse en 15 de Enero de 1872 para la concesión definitiva del ferrocarril, y entregaría á La Carbonera Española, por semestres vencidos, 8 reales vellón por cada tonelada métrica de carbón que explotara y exportara de las minas, á excepción del que exportara hasta 1.° de Julio de 1874, y del que necesitara para las locomotoras en el expresado trayecto; debiendo dicha Sociedad satisfacer por sí, sin gravamen ni quebranto del cesionario, todas las deudas contraídas y que contrajera hasta 31 de Diciembre de aquel año, y extinguir de la misma manera todas las obligaciones que aquel día afectaran á la totalidad ó á cualquiera de las cosas cedidas; por otra escritura, otorgada el mismo día 30 de Agosto de 1871, La Carbonera Española ofreció á Salvadó, como premio por comisión y participación, llevándose á debido cumplimiento el contrato arriba expresado, 50.000 duros, 1.000 acciones de la Sociedad que tenía ésta en cartera, y que no estarían sujetas á los dividendos pasivos que se impusieran para saldar las deudas de aquélla hasta dicho día 31 de Diciembre, y el 15 por 100 de los productos del canon que la misma debía percibir libre de gastos, y representado por 15 documentos al portador; y Salvadó se obligó á anticiparle 50.000 duros, que la Sociedad consideraba necesarios para cubrir todo su pasivo, quedando facultado para retenerse la mitad del referido canon hasta reintegrarse del importe de la comisión y de las deudas que hubiese sa-

tisfecho; y por otra escritura de 17 de Octubre del referido año 1871, La Carbonera Española cedió y transfirió á Salvadó en pleno dominio todos los derechos y acciones que á la misma pertenecían por la ley de 15 de Julio de 1867 para la construcción del ferrocarril de Manresa á Guardiola, y las 132 obligaciones del Estado por subvención de ferrocarriles, depositadas para la concesión provisional del mismo:

Resultando que en junta general celebrada por La Carbonera Española en 15 de Marzo de 1874, presentó D. Pablo Valls, en nombre particular, una proposición, por la que, considerando, entre otras cosas, que no era justo se impusieran responsabilidades y trabajos en provecho de otros, sin retribución de ninguna clase, y que la Junta directiva de la Sociedad tenía contraída responsabilidad á favor de los accionistas, por cuanto sus individuos para desempeñar el cargo habían debido depositar las acciones cada uno, y no podrían dejar de trabajar y sufrir molestias, siquiera se limitaran sus operaciones á cobrar dividendos, extinguir el pasivo de la Compañía, proyectar la reforma de estatutos y preparar lo necesario para que fuesen aprobadas, propuso también, entre otras cosas: que sin perjuicio de lo que se propusiera en la reforma de los estatutos, se autorizara á la Junta directiva para acreditar á cada uno de sus individuos en cuenta corriente, pero sin devengar interés, la cantidad anual de 6.000 reales, cobradera cuando la Sociedad repartiera dividendos activos á los accionistas; y apoyada dicha proposición por su autor, y después de usar de la palabra varios accionistas, se acordó que por entonces, y mientras la Sociedad nada ganara, sin perjuicio de lo que tuviesen devengado y no cobrado antes del 20 de Agosto del año próximo anterior, los individuos de la Junta directiva percibirían desde luego que tuviera fondos para pagarlos, en concepto de honorarios, y á contar desde dicho día en que se celebró la última junta general, la mitad de los consignados en la escritura ó estatutos sociales; y que desde aquel presente día en adelante se admitieran ó abonaran en cuenta igual mitad para cobrarla, cuando la Compañía percibiera utilidades; en cuyos términos se aprobaba la proposición de Valls:

Resultando que el Presidente de la Junta directiva de La Carbonera Española, el Administrador interino y el Secretario accidental de la misma Sociedad, suscribieron en 20 de Enero de 1879 cuatro documentos, haciendo constar en dos de ellos respectivamente que D. Conrado Rouviere y D. José Cirera, como individuos de la Junta directiva, acreditaban de la Sociedad por la mitad de sus honorarios devengados y no cobrados, según lo señalado en el art. 45 de los estatutos, la cantidad de 1.195 pesos fuertes con 16 reales vellón el primero y 1.470 con 16 el segundo, que podrían reclamar y percibir tan luego como la Sociedad tuviese fondos, por ser créditos preferentes, según lo acordado por unanimidad en la junta general ordinaria de accionistas de 15 de Marzo de 1874; y en los otros dos documentos, que los mismos Rouviere y Cirera acreditaban 1.195 pesos con 16 reales vellón el primero y 1.620 con 16 el segundo, por la restante mitad de honorarios devengados como Vocales de la Junta directiva, y que podrían reclamarlos y percibirlos tan luego como la Sociedad percibiera utilidades, según lo acordado en dicha junta general; existiendo asientos de esos documentos, con la indicada fecha de 20 de Enero de 1879, en un libro Diario auxiliar, y en las cuentas corrientes de Rouviere y Cirera, en un Mayor supletorio de la citada Compañía; y en 17 de Febrero siguiente, los expresados Presidente, Administrador y Secretario firmaron á favor de Rouviere y de Cirera otros cuatro documentos, en iguales términos que los anteriores, por la cantidad cada uno de 21 pesos y 13 reales de las mitades de la

asignación por honorarios de los veintiséis días transcurridos desde la primera fecha; existiendo también asientos de estos otros documentos en las aludidas cuentas corrientes del Mayor supletorio:

Resultando que D. José Cirera, en unión de otros individuos de la Junta directiva, á quienes se habían dado otros documentos semejantes á los referidos, reclamaron el pago, sometiéndose la cuestión á la decisión de amigables componedores, quienes en su laudo de 10 de Julio de 1882 condenaron á la Sociedad á que pagase dentro del término de diez días por dicha mitad de honorarios á Cirera 6.999 pesetas 16 céntimos, y á los otros otras cantidades; apareciendo en el citado Diario supletorio un asiento, fechado en 27 de dicho mes, de la entrega á aquél de 3.499 pesetas 58 céntimos por saldo de sus créditos contra la Sociedad, según escrituras:

Resultando que D. Ramón Esteve, D. Antonio Canadell, D. Antonio Ramón Cumella, D. José Esteve y D. Narciso Buxó, á quienes por dos escrituras de 6 de Septiembre de 1881 había cedido y transferido D. Ramón Salvadó las pertenencias mineras y todo lo demás que le correspondía por razón de las escrituras de cesión y convenio con La Carbonera Española, constituyeron por otra escritura de 15 de Noviembre del citado año 1881, bajo la denominación de Ferrocarril y Minas de Berga, una Sociedad mercantil anónima, con el objeto, entre otros, de explotar las referidas minas y el ferrocarril de Manresa á Guardiola, pactando que el capital de la Sociedad, á la que aportaban los bienes y derechos cedidos á ellos por Salvado, y que había de durar noventa y nueve años, sería de 25 millones de pesetas, dividido en 50.000 acciones al portador de 500 pesetas cada una, que percibirían durante la construcción del camino de hierro el interés del 6 por 100 anual del capital desembolsado, y de las cuales, 35.000, con un 30 por 100 de su desembolso reconocido, serían precio de la aportación hecha por los otorgantes, quienes las repartían 5.000 á Salvadó, en cumplimiento de lo convenido en las escrituras de cesión, y 30.000 á ellos, en la forma que expresaron, y las 15.000 restantes las colocaría la Sociedad como estimara oportuno:

Resultando que en escritura de 13 de Diciembre de 1882, las personas comisionadas para su otorgamiento por las Sociedades La Carbonera Española y Ferrocarril y Minas de Berga, dijeron: que habiendo surgido entre ambas Compañías cuestiones y pleitos, en razón á las reclamaciones á que estaba afecto el haber de la segunda, en el que sus fundadores habían sucedido á D. Ramón Salvadó, con quien también existían otros litigios, y encontrándose por tal motivo las dos Sociedades cohibidas en su respectiva acción, habían comprendido la necesidad de zanjar sus diferencias y unirse por medio de una fusión para dirigir sus fuerzas á un fin idéntico y común, acordando al efecto las bases, que fueron aprobadas por La Carbonera Española en junta general de 19 de Julio de aquel año y por el Ferrocarril y Minas de Berga en la del inmediato día 20, pues si bien esta Sociedad lo hizo con la salvedad de que el pasivo de la otra mereciese la aceptación de D. Ramón Esteve y de D. Narciso Buxó, y de que, por lo que miraba á la prórroga de seis meses que se concedía á los accionistas de La Carbonera Española para el pago del último dividendo reclamado, se ofreciese, transfiriéndose por esta Sociedad á la del Ferrocarril y Minas de Berga, lo antes posible, el depósito que tenía hecho para la vía férrea de Manresa á Guardiola, este depósito quedaba ya transferido desde aquel día y en fuerza de esta escritura, y aprobado el pasivo de La Carbonera Española por los mencionados Esteve y Buxó, según carta de éstos, que se insertó, y en la que se referían á un balance de 26 de Agosto, y nota de pleito de 4 de Septiembre, recibidos de los

delegados de La Carbonera Española; en vista de todo lo cual, de común acuerdo, estipulaban, entre otras bases, las siguientes: primera, la Sociedad La Carbonera Española quedaba desde aquel momento fusionada á la del Ferrocarril y Minas de Berga, á la que transfería todo su haber activo y pasivo, quedando, en su consecuencia, repuesta esta última en todos los derechos y obligaciones de aquélla, al igual que si ambas Compañías hubiesen siempre formado una común é idéntica entidad social; segunda, el Ferrocarril y Minas de Berga canjearía en acciones de esta Sociedad, con el 30 por 100 desembolsado, las 18.787 que estaban en circulación de La Carbonera Española, dando una de las suyas por cada una de las de esta última Sociedad; las acciones de La Carbonera Española que no se presentaran al canje en el plazo que se señalaba, y cuya caducidad procediese en consecuencia, quedarían como capital social, y á favor de la nueva Compañía las que habían de darse á cambio de ellas; tercera, el Ferrocarril y Minas de Berga retendría además en cartera 1.745 acciones, con igual desembolso de 30 por 100, para responder en caso necesario de otras tantas acciones que tenía en cartera La Carbonera Española para responder á otras tantas acciones amparadas pendientes de canje; sexta, en atención á que los accionistas de La Carbonera Española habían hecho recientemente el desembolso de un dividendo pasivo, el Ferrocarril y Minas de Berga les prorrogaba hasta seis meses, á contar desde la publicación en el *Boletín oficial* de la provincia, el plazo para el pago del segundo dividendo pasivo, ya anunciado, de 10 pesetas por acción á que habían de venir obligados los accionistas de La Carbonera Española que hubiesen verificado el canje de sus acciones; séptima, desde aquel día quedaban transigidos y terminados todos los juicios y cuestiones, fueran de la clase que fuesen, pendientes entre ambas Compañías, incluso los que siguió La Carbonera Española con D. Ramón Salvadó, en cuanto pudieran afectar ó trascendiesen de cualquier modo en perjuicio y detrimento del Ferrocarril y Minas de Berga, siendo, como eran, sus intereses y su suerte del todo común á La Carbonera Española; y octava, en lo sucesivo ambas Sociedades formarían una sola, que se llamaría Ferrocarril y Minas de Berga, la cual se regiría por los estatutos formados por los comisionados de ambas y elevados en 11 de Octubre de aquel año á escritura pública; estatutos á continuación insertos en la escritura que se relaciona, y según cuyo art. 4.°, el capital social era de 25 millones de pesetas, representado por 50.000 acciones de 500 pesetas cada una, y de él estaba desembolsado un 30 por 100, y pedido un 2 por 100 más, que por el pronto se consideraba suficiente para llenar el objeto de la Sociedad, sin perjuicio de las atribuciones del Consejo de administración para exigir por medio de sucesivos dividendos hasta el completo del valor nominal:

Resultando que con fecha del mismo día del otorgamiento de la referida escritura aparece en el primer libro Diario de la Sociedad Ferrocarril y Minas de Berga el balance de apertura de dicho libro, ó sea todo el haber de La Carbonera Española, de que se hizo cargo la otra Sociedad, con un asiento que dice: «A acreedores diversos: cumplimentando la base 1.ª de la escritura firmada, según la cual queda esta Compañía repuesta en todos los derechos, así como en todas las obligaciones de La Carbonera Española, nos hacemos cargo de las partidas siguientes, que vienen consignadas en el balance presentado por aquella Sociedad, y las cuales proceden de honorarios devengados por varios individuos que formaron parte de las Juntas de La Carbonera Española, y que por lo que se refieren al caso actual, se concretan á los siguientes, á los cuales les abonamos las partidas que á continuación se detallan para liquidarlas

en su día, conforme al laudo dictado para otros que estaban en paridad de condiciones, á saber: á D. Conrado Rouviere, 5.732 pesetas 25 céntimos; á herederos de J. Pla, 7.462,25 pesetas»; y en el balance de 31 de dicho mes de Diciembre, de la misma Sociedad, consignado en su libro de Inventarios, aparece ser su activo de 28.895.046 pesetas 54 céntimos, é igual su pasivo, en que figura en el asiento de acreedores diversos, por importe, que acreditan, entre otros, D. Conrado Rouviere, por las expresadas 5.732 pesetas 25 céntimos:

Resultando que dicho D. Conrado Rouviere reclamó á la Compañía Ferrocarril y Minas de Berga el importe de los honorarios ó emolumentos devengados como individuo de la Junta directiva de La Carbonera Española, sometiéndose también la cuestión á la decisión de amigables componedores, que en su laudo de 26 de Diciembre de 1883, declarando que los balances no arrojaban beneficios, condenaron á la Sociedad Ferrocarril y Minas de Berga á que dentro del término de diez días pagase á aquél 5.732 pesetas 25 céntimos, mitad de los emolumentos devengados, y reservó al mismo Rouviere el derecho de reclamar la segunda mitad en cantidad de 6.087 pesetas 25 céntimos cuando la Sociedad obtuviese beneficios; viéndose en un libro Diario de ésta un asiento de 7 de Enero de 1884, del pago á Rouviere de las 5.732 pesetas 25 céntimos de su crédito contra La Carbonera Española, conforme al referido laudo:

Resultando que en dicho libro Diario se halla otro asiento de 30 de Junio del mismo año 1884, con el epígrafe de «Inversiones á liquidar á varios», expresivo de que no respondiendo al objeto para que fueron creadas las cuentas de «Gastos y productos de minas» en 1882 y 1883, se abrió ésta de «Inversiones á liquidar», á la cual se traspasaban los saldos deudores de aquéllas en 31 de Diciembre de 1883; y una parte prudencial de la de «Daños y lucros», por cuanto la mayor parte de las cantidades invertidas, por los conceptos que las mismas expresaban, aumentaban el valor de las cosas y propiedades de la Compañía, no pudiéndose en manera alguna, principalmente por lo que se refería á las consignadas en la cuenta de «Daños y lucros», considerarse como perdidas todas aquellas sumas, cuya inversión había sido indispensable para que en su día se obtuviese el resultado que se esperaba de la explotación de las pertenencias de la Sociedad, por lo que, de conformidad con el parecer de la Comisión revisora, se abría la cuenta de «Inversiones á liquidar», que en su día, cuando lo tuviera por conveniente el Consejo de administración, se liquidaría y cancelaría en el modo y forma que creyera más procedente; y en efecto, en el libro Mayor aparece abierta dicha cuenta, y en los balances de los ejercicios de 1884 á 1891, ambos inclusive, figuran como últimas partidas del activo, en el primero, una por inversiones á liquidar de los años 1882 y 1883, y otra por las de aquel ejercicio, y en los demás, una por las del suyo respectivo, que en junto suman 385.966 pesetas 88 céntimos:

Resultando que en otro libro Diario de la Sociedad se halla otro asiento de 9 de Diciembre de 1892, que dice: «Déficits de ejercicios anteriores á inventarios á liquidar de ejercicios anteriores», por traspaso á la primera de estas cuentas del saldo que arrojaba la última, según acuerdo de la Dirección de 22 de Noviembre, á los fines de que su denominación esté en consonancia con las causas que han motivado dicho saldo, ó sea los déficits con que se han cerrado los balances de los años 1882 á 1890 inclusive; y en el balance de 31 de Diciembre de dicho año 1892 aparecen como últimas partidas del activo, una de «Déficits de ejercicios anteriores», por los pendientes de liquidación, que se expresan detalladamente, como en cada uno de los balances anteriores, y dan la suma antes con-

signada de 385.966 pesetas 88 céntimos; y la otra partida de «Déficit del ejercicio de 1892», por el resultante del año, que es de 17.977 pesetas 86 céntimos, partidas que aparecen también en los balances de 31 de Diciembre de 1893 y 1894, y en el último, de 28 de Septiembre de 1895, la primera aumentada con el déficit del ejercicio anterior, hasta sumar 434.913 pesetas 75 céntimos en éste, en el que la otra partida, por déficit del ejercicio á que se refiere, es de 3.903 pesetas 75 céntimos:

Resultando que en junta general ordinaria de 30 de Junio de 1886, los accionistas del Ferrocarril y Minas de Berga que á ella asistieron, acordaron por unanimidad que, sin reducir en lo más mínimo el capital social, se redujera el número de las acciones que estaban en circulación, recogiéndolas con el 33 por 100 desembolsado, y entregando por cada tres una con el total desembolso de 500 pesetas, cobrando en el acto del canje las 5 pesetas que debían satisfacerse por cada una de las nuevas, quedando las restantes en cartera para los efectos que fuesen oportunos; y con motivo de este acuerdo, para que el Consejo no quedara limitado en lo más esencial, para llenar su cometido, se le concedían todas las atribuciones y poderes de junta general, para que pudiera levantar empréstitos por documentos públicos ó privados ó por emisión de obligaciones al tipo ó interés que estimara oportunos; y de los referidos balances aparece que en 31 de Diciembre de 1893, la Sociedad tenía en cartera, de su propiedad, por liberación, 33.333 acciones y un tercio con todo su desembolso, faltándole recoger solamente un tercio de una de éstas, en canje de una de las primitivas, emitida por duplicado; que hasta el último de los citados balances conservaba en cartera 580 acciones y un tercio con el total desembolsado, para su canje con las amparadas de La Carbonera Española; y que cobró parcialmente las 5 pesetas con que se completaba el valor de sus nuevas acciones, y un dividendo de 10 pesetas y otro de 5 por cada una de éstas:

Resultando que en el pasivo del balance de 1891, bajo el epígrafe de «Acreedores diversos», se comprende á los herederos de D. J. Pla y á D. Antonio Canadell, por la cantidad, al primero, de 7.462,25 céntimos, y al segundo, por 135 y 250 pesetas, en junto 7.847 pesetas 25 céntimos; partida que en igual concepto continúa figurando en los demás balances citados en el de 1892, en unión del crédito de D. José E. de Olano por 8.000 pesetas, y en los otros sola y sin expresión de nombre.

Resultando que la repetida Sociedad, y Garavetti, Vallino, Bovio y Compañía, que en 1885 habían celebrado cierto contrato de construcción de obras, por escritura de 21 de Junio de 1891, sometieron las diferencias entre ambas surgidas á la decisión de amigables componedores, los cuales, en 18 de Junio de 1892, declararon debía el Ferrocarril á la otra Compañía, por todos conceptos, 500.000 pesetas, cantidad que figura en el pasivo de los referidos balances desde el de 31 de Diciembre de dicho año 1892 hasta el de 28 de Septiembre de 1895, juntamente con sus intereses, que en el último lo elevan á 353.735 pesetas 85 céntimos:

Resultando que en junta extraordinaria de 28 de Marzo de 1893, la Sociedad Ferrocarril y Minas de Berga, al par que aprobó una minuta de convenio con D. José Enrique de Olano, modificó los artículos 2.°, 3.°, 6.°, 16, 55 y otros de sus estatutos, en el sentido de poder enajenar en todo ó en parte sus propiedades pura, condicionalmente ó á plazos, quedando disuelta por la venta total, una vez cumplidos la condición ó el plazo, si los había; y de que para llevar á cabo la liquidación, la junta, en el acto de aprobar el contrato, nombraría accionistas liquidadores y suplentes, y los nombró seguidamente aquéllos:

Resultando que por escritura de 4 de Abril siguiente, el Director y el

Gerente interino de la propia Compañía y D. José Enrique de Olano, manifestando que aquélla estaba en situación sumamente desfavorable para la explotación de sus pertenencias mineras, por carecer de capital para las obras necesarias y para pagar sus deudas, y ser imposible poner en circulación las 34.000 acciones que tenía en cartera, por no encontrarse tomadores, ni exigir ningún dividendo pasivo á las otras, porque estaban completamente liberadas, y muchos de sus tenedores preferían dejarlas caducar, situación angustiosa que agravaba todo retardo en salir de ella, por lo cual la explotación de las minas, aun cuando no resultara productiva por algún tiempo, era preferible á la inacción, y produciría en las cosas deterioros naturales, cada vez de reparación más costosa, convinieron, entre otros extremos, de conformidad con la minuta aprobada en la referida junta de 28 de Marzo, que la Compañía concedía á Olano el derecho de adquirir, y ella se obligaba á venderle, dentro del término de dos años, la concesión del ferrocarril, con todo lo que poseía referente á él y las minas de su propiedad, con las edificaciones, materiales, tranvías, herramientas y demás; el precio de la venta sería 1.500.000 pesetas por el ferrocarril y 200.000 por las minas, en junto 1.700.000 pesetas, de las que el comprador retendría 500.000 para pagar á Garavetti, Vallino, Bovio y Compañía, y el 1.200.000 pesetas restantes se pagaría en 16.000 obligaciones hipotecarias al portador que se crearían con este objeto, de 75 pesetas de capital, amortizables en cincuenta años, con el interés de 5 por 100 en cada uno á contar desde 1.º de Enero de 1896; firmada la escritura de venta, la Sociedad quedaría por este mero hecho puesta en estado de disolución, y procedería á su liquidación, repartiendo las 16.000 referidas obligaciones á los tenedores de las 16.000 acciones que estaban en cartera; al efecto de que la liquidación quedara terminada con dicha entrega, Olano se repondría en el lugar de la Sociedad, haciéndose cargo del activo y del pasivo de la misma; que para ese caso le hacía cesión de todos sus derechos y acciones, y si fuese preciso le confería amplio mandato, especialmente para enajenar todas sus pertenencias y créditos, transigir cuestiones ó someterlas á árbitros ó arbitradores y celebrar convenios en juicio ó fuera de él; la Sociedad declaraba que las obligaciones que constituían su pasivo eran las detalladas en la relación que se firmaba por duplicado, y se obligaba á no contraer ninguna otra; se obligaba también á practicar, luego de firmada la escritura de venta, todos los actos necesarios en derecho para su total disolución y para que constara en forma legal; Olano podría desistir tácitamente de la adquisición, y en tal caso la Sociedad le reembolsaría lo que hubiese satisfecho ó desembolsado, y le pagaría los trabajos ejecutados en las minas y en las vías de transporte, excepto lo invertido en gastos ordinarios y naturales de laboreo para el aprovechamiento de las minas y en trabajos del ferrocarril, menos lo invertido en estudios, entregándole el valor de todo ello en obligaciones hipotecarias sobre sus bienes de á 500 pesetas, amortizables en cincuenta años, con interés de 5 por 100 en cada uno, y además participación en los beneficios de la Compañía, al igual de las acciones de ésta, que para tal efecto se entendería siempre ser sólo las 16.000 en circulación, aun cuando luego fuesen más; y la Sociedad concedía gratuitamente á Olano por el término de dos años la explotación de las minas, en cuya posesión, como en la de todo el material de la Compañía y en la del ferrocarril, entraría inmediatamente aquél; quien se obligaba á invertir en obras, á excepción de las del ferrocarril, é independientemente de los gastos ordinarios y naturales, 50.000 pesetas en cada uno de los dos años, ó á entregar en metálico lo que faltase, y á pagar en el tiempo del

uso las deudas de la Compañía, detalladas en la relación que antes se indicó, y ascendentes en total á 30.974 pesetas 85 céntimos el canon de superficie, los derechos de inspección y vigilancia y cualquiera otra cantidad que, por razón de las minas ó del ferrocarril, se pudiera exigir á la Compañía por el Estado, la Provincia ó el Municipio, los gastos de oficina de la Compañía hasta 4.000 pesetas anuales, cualquier otro gasto extraordinario é imprevisto cuya falta de pago pudiera perjudicar los derechos de aquélla, é impedir al concesionario el uso de los suyos, y 2 pesetas 50 céntimos á Garavetti, Vallino, Bovio y Compañía por cada tonelada de carbón que se vendiera, en cumplimiento de lo convenido con ellos en 27 de Junio de 1891:

Resultando que aprobada por el Consejo de administración de la Compañía en sesión de 25 de Enero de 1895, y por la propia Compañía en junta general extraordinaria de 9 de Febrero siguiente, una minuta de escritura de venta definitiva de sus propiedades y pertenencias á Don José Enrique de Olano, D. Conrado Rouviere y D. José Cirera, por medio de Notario requirieron en 13 de dicho mes de Febrero, tanto á la Compañía como á Olano, para el pago de la segunda mitad de los honorarios por ellos devengados como individuos de la Junta directiva de La Carbonera Española, sin que obtuvieran contestación alguna:

Resultando que en escritura de 28 de Septiembre de 1895, las personas autorizadas al efecto por la repetida Compañía del Ferrocarril y Minas de Berga y D. José Enrique de Olano, hicieron relación de la escritura de 4 de Abril de 1893, y además, entre otras cosas, de que si bien la Compañía puso en posesión de las pertenencias mineras á Olano, que había venido y venía explotándolas, no pudo hacer otra tanto con el ferrocarril ó sus trabajos y construcciones, porque los habían retenido indebidamente Garavetti, Vallino, Bovio y Compañía, sin que fuese posible obtener buenamente que cesaran en la retención, lo que ocasionó perjuicios á Olano, que los reclamó por acta notarial de 22 de Julio de 1894, expresando al par que habría de acudir á los Tribunales para obtener dicha entrega é indemnización por la falta de ella; y como no había términos hábiles para la ejecución del contrato, habría de renunciar á elevarlo á definitivo, rescindiéndolo totalmente y pidiendo indemnización de daños y perjuicios, lo que habría de ocasionar extraordinario quebranto á la Compañía, que se hallaba en difícil é insostenible estado económico, sin esperanza alguna de mejorarlo, por lo cual se entablaron negociaciones, en las que se había convenido lo siguiente: que los otorgantes, en lo menester, convenían de nuevo: primero, se declaraba rescindido el convenio de 4 de Abril de 1893; segundo, la Compañía vendía á Olano la concesión del ferrocarril, con las obras y todo lo demás que referente á ella le pertenecía, las 2.420 pertenencias mineras, edificaciones, materiales, tranvía de la Consolación á Metjes y demás, y le cedía y traspasaba todos sus derechos, acciones y obligaciones que tuviera ó pudiera tener en su contra, y en general, todo su activo y su pasivo, pasando en consecuencia á ser de cargo del cesionario cuanto debiera hacer ó dar ú omitir la Compañía, con entera indemnidad de la misma, pero pudiendo en compensación realizar Olano todo el activo, comprendiéndose en esta transferencia ó cesión de activo ó pasivo todos los créditos, derechos y obligaciones conocidos ó ignorados de los otorgantes, de modo que ninguno de ellos pudiera alegar contra la cesión por ignorancia, lesión ú otro cualquier concepto; tercero, el precio de la venta y cesión ó transferencia era 760.000 pesetas por el ferrocarril y todo lo referente al mismo, y 200.000 pesetas por las pertenencias mineras y lo anejo á ellas, así como por la cesión ó

transferencia del activo ó pasivo, cuyo precio se satisfaría entregando Olano dentro de seis meses 16.000 obligaciones de 60 pesetas de capital cada una, que se crearían para canjearlas con las 16.000 obligaciones que la Compañía tenía en circulación, quedando canceladas las 34.000 que existían en cartera; esas obligaciones serían al portador, estarían garantizadas con hipoteca, exclusivamente de las pertenencias mineras y sus anejos, sin responsabilidad personal alguna de Olano; se amortizarían en cincuenta años, á contar desde 1.° de Enero de 1893; empezarían á devengar interés en 1.° de Enero de 1896, pagándose en 31 de Diciembre el cupón, que sería de 2 pesetas, y en igual día de los años sucesivos el de cada cual de ellos, que sería de 2 pesetas 25 céntimos el de 1897, de 2 con 50 el de 1898, de 2 con 75 el de 1899 y de 3 el de los demás; firmada esta escritura, la Sociedad quedaría por ese mero hecho puesta en estado de disolución, que haría constar en el Registro mercantil, y por medio de una Comisión liquidadora procedería á su liquidación, y repartiría de las 16.000 obligaciones una á cada uno de los tenedores de sus 16.000 acciones en circulación; y como en éstas estaban comprendidas las llamadas amparadas, que estaban en poder de la Compañía para su canje, quedaría encargado de éste Olano, que á tal efecto retendría un número de obligaciones igual al de aquéllas, no debiendo la Comisión liquidadora, después de haber efectuado la entrega ó canje de las obligaciones en la forma expresada, y practicado los actos necesarios para llevar á efecto este último convenio, hacer nada más para la liquidación social, declarando los otorgantes que ésta quedaría terminada desde el momento de realizada dicha entrega ó canje, sin perjuicio de que si la Compañía ó su Comisión liquidadora se viesen algún día demandados judicialmente por razón de compromisos, obligaciones ó actos anteriores á este contrato, conservara la Comisión liquidadora su personalidad para acudir al llamamiento judicial, bajo la exclusiva dirección, pero también con la exclusiva responsabilidad y á costa de Olano, con exclusiva indemnidad de la Compañía liquidadora, de sus accionistas y de los individuos de la Comisión liquidadora en concepto de tales; la Sociedad se obliga bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios, á cargo del capital é intereses de las obligaciones, á practicar los actos necesarios para su total disolución y para que constara en forma social; y por último, confería desde aquel instante á Olano la posesión corporal y civil de las minas y sus anejos, y la civil del ferrocarril y los suyos, con promesa y obligación de entregarle la material tan luego dejaran de tenerla Garavetti, Vallino, Boví y Compañía, constituyéndose entre tanto poseedora en nombre de dicho adquirente:

Resultando que con fecha del día siguiente al del otorgamiento de la referida escritura, ó sea en 29 de Septiembre de 1875, la Comisión liquidadora de la Compañía formó á ésta un balance inventario, expresando que, en virtud de dicho contrato, el activo y el pasivo pasaban á Olano, y en consecuencia, debía hacer constar únicamente, como activo ó haber de la liquidación, las obligaciones que, en fuerza de dicho contrato, debía entregarle el mismo Olano, consignando luego como activo una partida por el valor de las 33.333 acciones y un tercio, con todo su desembolso, retiradas de la circulación; otra partida por el valor de las 666 y dos tercios caducadas; otra por las 16.000 obligaciones de á 60 pesetas, que había de entregar Olano, y otra de 7.040.000 pesetas por la pérdida que resultaba del capital; y como pasivo, el importe de las 50.000 acciones de á 500 pesetas de que se componía el capital de la Sociedad, y el cual se descomponía en las 33.333 y un tercio retiradas de la circulación, las 666 y dos tercios caducadas y las 16.000 en circulación, que se can-

jearían por 16.000 obligaciones de á 60 pesetas cada una á los accionistas en devolución de su capital, que debería hacérseles, á consecuencia de la disolución de la Sociedad, en cuanto alcanzara dicho importe:

Resultando que en los estados presentados á la Administración pública por los propietarios ó explotadores de minas, publicados en el *Boletín oficial de la provincia de Barcelona,* se consigna haber sido el producto bruto de una de las minas de la Sociedad, en el segundo trimestre del ejercicio económico de 1894 á 95, de 11.896 pesetas 91 céntimos; en el tercer trimestre, de 13.263 pesetas 8 céntimos, y en el 1.° de 1895 á 96, de 15.094 con 7 céntimos:

Resultando que D. Conrado Rouviere y D. José Cirera dedujeron en 6 de Enero de 1896 demanda, solicitando: primero, se condenara á la Sociedad Ferrocarriles y Minas de Berga á pagar á Rouviere, dentro del término de diez días, la cantidad de 6.087 pesetas 25 céntimos que acreditaba, en concepto de individuo que fué de la Junta directiva de La Carbonera Española, por la segunda mitad de honorarios que dicha Sociedad prometió satisfacerle así que la misma tuviera utilidades; segundo, se la condenara también á satisfacer dentro del mismo término á Cirera 8.212 pesetas 25 céntimos por igual concepto; tercero, se la condenara asimismo á satisfacer al uno y al otro los intereses legales de las sumas reclamadas, á contar desde la presentación de esta demanda, y las costas del juicio; y cuarto, se declarara que las cantidades adeudadas á los actores habrían de ser satisfechas á cargo del haber de la liquidación de la Compañía Ferrocarril y Minas de Berga, y por consiguiente, que venían sujetas á dicho pago cualesquiera cantidades, valores é intereses ó deudas de éstos que tuviera dicha liquidación, y percibiese, debiese percibir ó hubiese percibido dicha Compañía de D. José Enrique de Olano, ó de cualquiera causahabiente de éste, por resultas de la venta del haber y existencias de la misma Compañía; en apoyo de lo cual, aparte de otros hechos ya relacionados, alegaron: que era base y fundamento de la acción que ejercitaban el acuerdo de la junta general de socios de La Carbonera Española de 15 de Marzo de 1874, en consecuencia del cual se les libraron los documentos de 20 de Enero y 7 de Febrero de 1879, que presentaban; que desde las fechas en que fueron condenadas á pagar la primera mitad de sus honorarios á Cirera La Carbonera Española, y á Rouviere, luego de fusionada dicha Compañía con la del Ferrocarril y Minas de Berga, ésta, había la misma explotado sus pertenencias mineras, obteniendo productos más ó menos importantes, pero en cantidad suficiente para pagar la segunda mitad de los honorarios; que por la venta condicional á Olano en 4 de Abril de 1893, las acciones del Ferrocarril y Minas de Berga, cuya existencia se reconocía y parte de capital se fijaba, quedaban convertidas en obligaciones que devengarían un 5 por 100, con lo que las antiguas acciones de La Carbonera Española obtendrían un interés fijo y completamente saneado con la hipoteca de las existencias vendidas, ó fuese un beneficio al capital desembolsado, que se hallaría libre de contingencias, y representaría las utilidades del mismo capital; y que esa venta condicional se elevó á definitiva por acuerdo del Consejo de administración de 24 de Enero de 1895, y aprobación de la junta general de accionistas de 9 de Febrero siguiente:

Resultando que D. Ricardo Esteve, como Presidente de la Comisión liquidadora del Ferrocarril y Minas de Berga, contestó á la demanda, pidiendo se la absolviera de ella, con imposición de silencio perpetuo á los actores, y que, por vía de reconvención, se declarara extinguida la obligación de pagarles la mitad que reclamaban de los emolumentos que suponían acreditar, por haber pertenecido á la Junta directiva de La

Carbonera Española, obligación resultante, caso de haber existido, de los estatutos de la misma Sociedad del acuerdo de 15 de Marzo de 1874 y del laudo de 26 de Diciembre de 1883, con imposición á los demandantes de las costas del juicio, para lo que también, entre otros hechos, expuso: que aquéllos tergiversaban y adulteraban el contexto claro del acuerdo de la Carbonera Española de 15 de Marzo de 1874 y el laudo arbitral de 10 de Julio de 1883, haciendo sinónima la palabra productos de la de beneficios ó utilidades: y siendo desde luego lo más importante de la cuestión si la Sociedad demandada había tenido ó no utilidades desde la época en que los actores pertenecieron á la Junta directiva de La Carbonera Española, de los estados insertos en los *Boletines oficiales* sólo resultaba el número de toneladas de carbón extraídas y su valor, pero no que con ellas se obtuvieren beneficios ó utilidades, y además, aquellos productos no pertenecían á la Sociedad, pues por el contrato de venta condicional á que los actores se referían, como por el de venta definitiva, la explotación de las minas era de cuenta y cargo y á riesgo de Olano; que tampoco se podía considerar como utilidades ó beneficios el interés de las obligaciones en que se había de pagar el precio de la venta, pues desde luego el capital de las que habían de ser entregadas en virtud del contrato de venta condicional como devolución del capital social ó total dividendo activo de liquidación á los tenedores de acciones, era mucho menor que el desembolsado para éstas; y además, Olano, que por la explotación provisional que tuvo durante los dos años estipulados en la escritura aludida conoció á fondo el negocio, comprendiendo que no podía darse por el haber de la Compañía la cantidad fijada, manifestó que, ó sufría ésta disminución, o desistía de convertir en definitivo el contrato; y como nada podía convenir menos que esto á la Sociedad, necesitada de salir de su angustiosísima situación, pues de hecho estaba quebrada, agobiada por un pasivo enorme que no sabía cómo saldar, habiendo sido infructuosas las gestiones para una mejor y más beneficiosa enajenación, tuvo que acceder necesariamente á la disminución del precio, conviniéndose el contrato definitivo de 24 de Enero de 1895, del cual no aparecía que en la Sociedad hubiese una conversión de acciones en obligaciones, pues esto supondría que las obligaciones lo eran de la Sociedad, cuando en realidad lo eran de Olano, que se reconocía deudor de su importe, no á la Sociedad, sino á cada uno de los accionistas en particular; ni aparecía tampoco que hubiese habido ó debiese haber utilidades ó beneficios obtenidos con las operaciones sociales, porque esas obligaciones devengaran un interés, pues disuelta la Sociedad en el momento de firmarse las escrituras, no existía al devengarse los intereses, ni podría siquiera haber operaciones de su parte, porque lo que no existe, no opera, y por consiguiente, los intereses, ni podían ser utilidades, ni beneficios sociales; no siendo el importe total de las obligaciones más que el precio aplazado de la venta del haber social, ni ellas más que el documento en que se hacía constar ese precio, quedando, una vez distribuídas entre los socios, devuelto á éstos el capital social, ó, mejor dicho, todo el haber en forma de créditos contra el comprador y deudor Olano, siendo devengados esos intereses, no por ninguna operación social, sino por esos créditos; así como si se distribuyera á los accionistas ese precio en metálico, los intereses que pudiesen obtener después con su inversión en fincas, efectos públicos ó préstamos, aun cuando estos fuesen al mismo Olano, no serían utilidades ó beneficios de la Sociedad; y no existía diferencia alguna entre reembolsar el capital social, más ó menos mermado, como acto de liquidación, en créditos que devengarían un exiguo 5 por 100, y devolverlo en metálico, que po-

día devengar igual ó mayor interés, pues este siempre lo era de un capital que había pasado ya á ser del dominio particular de los exaccionistas; siendo palmaria demostración de lo dicho la misma contradictoria demanda, en la que se suponía que, con la venta á Olano, la Sociedad se había constituído en la imposibilidad de obtener en lo sucesivo tales beneficios ó utilidades, pues que los intereses de las obligaciones no eran más que un efecto de la misma venta, ya que sin ella no existían ni aun las obligaciones que habían de producirlos; y que no era cierto que la Compañía hubiese procedido voluntariamente á la venta de las existencias sociales, á la que se había visto compelida por la necesidad ó causa de hallarse quebrada de hecho, con un pasivo enorme, sin recursos y sin saber de dónde sacarlos, siendo de lo contrario inevitable la ruina; ni era tampoco cierto que hubiese sido la misma Sociedad quien hubiese dejado ó dejara de percibir utilidades ó beneficios á causa de la venta, porque esto supondría que sin ella se habrían obtenido tales beneficios, lo que equivalía á decir que las ganancias en las especulaciones mercantiles dependen exclusivamente de la voluntad humana, cuando son siempre contingentes:

Resultando que los actores, al replicar, adicionaron á las alegaciones de la demanda: que habían imputado los productos de las minas como demostración de beneficios ó utilidades, porque aquéllos suponían necesariamente éstos, como se demostraba con el mismo escrito contrario, en el que se confesaba que Olano había venido explotando las minas por concesión graciosa que de ellas le hizo la Sociedad durante los dos años á que se contraían los estados presentados, y si Olano no hubiese tenido utilidades ó beneficios, habría abandonado el negocio, lejos de ratificar la venta provisional y de ofrecer un precio en obligaciones hipotecarias con interés; de suerte que si la Compañía no había percibido esos beneficios, es porque los había querido regalar, y era contrario á la equidad que ese regalo resultara en perjuicio de los demandantes, que venían demorando tantos años el cobro de sus legítimos alcances; que el que la Sociedad hubiese tenido ó no utilidades era sólo una parte de la cuestión, la cual consistía además en si, en el supuesto de no haberlas tenido, había sido por culpa suya, y en si, en la hipótesis de no poderlas tener en lo sucesivo, se debería achacar esto á un acto de su libre albedrío, que resultaba perjudicial para los demandantes; que ni siquiera habrían debido esperar á la venta del haber social del Ferrocarril y Minas de Berga, si esta Sociedad hubiese procedido con buena fe, pues que por el contrato de 30 de Agosto de 1871 con Salvadó, La Carbonera Española se convirtió en perceptora, sin riesgos ni trabajos de ninguna clase, de un canon de 2 pesetas por tonelada métrica del carbón que se extrajera de las minas, y al fusionarse con el Ferrocarril y Minas de Berga los accionistas de aquella Sociedad, que sólo tenían hecho un desembolso de 20 por 100, ó fuesen 100 pesetas por acción, recibieron en cambio un número igual de las de la nueva Sociedad, con un 30 por 100 ó 150 pesetas de desembolso reconocido; que cuando La Carbonera Española tomó el acuerdo relativo á la segunda mitad de los honorarios de los individuos de su Junta directiva, lo hizo en el concepto de que Salvadó, que por las dificultades de la guerra civil no podía entonces pagar el canon estipulado, lo pagaría con puntualidad en cuanto aquélla terminara, y llegaría, por tanto, pronto la ocasión de percibir utilidades; y si los hechos posteriores destruyeron el estado de La Carbonera Española al hacer la promesa de pago y la base de la futura existencia de aquellas utilidades, la Sociedad fusionada, en el acto mismo de la fusión debió pagarles sus alcances con doble motivo, pues si bien la Sociedad

dejó de hacer operaciones y no se repartió ningún dividendo activo, los accionistas aumentaron su capital desembolsado desde 100 á 150 pesetas, y como las acciones eran 18.787, resultó para ellos un beneficio neto de 187.870 duros; que en cuanto á si podían ó no ser considerados beneficios ó utilidades los intereses de las obligaciones en que Olano pagaría, la venta definitiva del haber de la Sociedad negaba en primer lugar la base de todo el razonamiento contrario, consistente en que por quedar disuelta y en estado de liquidación la Compañía, no podía realizar beneficios, pues el precio de la venta no podía adjudicárselo y distribuirlo entre los socios sin pagar las deudas que sobre los mismos pesaban; y aunque se dijera que no había tal deuda, mientras no se demostrara la existencia de beneficios, si el precio que se recibía consistía en obligaciones hipotecarias que devengaban un 5 por 100 de interés, este producto del capital representaba los beneficios del mismo capital; y aun cuando se agregara que el que hasta entonces tenían los socios del Fecarril y Minas de Berga, no había dado lugar nunca al reparto de dividendo activo, que la Sociedad había vivido siempre una vida angustiosa, y que se hallaba de hecho quebrada, la verdad era que habría tenido sobradísimos recursos para explotar sus minas y obtener los beneficios que ahora obtenía Olano sólo con haber reclamado de sus accionistas el 60 por 100 por acción, porque faltaba para cubrir el capital nominal; pero habían considerado más cómodo liquidar el negocio, realizar el capital social y recibir unos títulos que devengaban intereses, que sería el producto que el capital no había dado hasta entonces, y que si no lo percibía la Sociedad porque se disolvió, lo percibirían los socios que la formaban, que no podían considerar como dividendo líquido repartible en liquidación sino aquello que restara después de liberadas las cargas de ese mismo capital; no siendo exacto el símil puesto en contrario, pues los intereses del capital entregado en liquidación á los socios, y por éstos invertido, no serían beneficios de la Sociedad, pero sí producidos por ese capital; que no había dicho que por el solo hecho de vivir la Sociedad hubiese de obtener en lo sucesivo ganancias ó utilidades, sino que disolviéndose se imposibilitaba para obtenerlas, y por tanto, para el cumplimiento de la obligación, lo que confirmaba la misma parte demandada; y que ésta, comprendiendo la fuerza del argumento, decía no haber procedido espontáneamente á la venta, pues que se hallaba de hecho quebrada, con un pasivo enorme, y sin recursos ni de donde sacarlos; pero esto no era cierto, porque de serlo, se habría presentado en quiebra, y ni lo había hecho, ni siquiera había sido embargado su capital social, ni sus pertenencias mineras, ni el ferrocarril, por acreedores que hiciesen necesaria la venta judicial de su activo; y si se había puesto en liquidación, si se quería disolver y había vendido ese activo á Olano, esto era una serie de actos espontáneos, completamente libres, siendo justo y legítimo que si con ellos perjudicaba á sus acreedores, haciendo imposible el ejercicio de los derechos de éstos, reparase con su dinero los quebrantos:

Resultando que en la dúplica, el demandado adicionó á su vez: que ya arrancara del acuerdo de 15 de Marzo de 1874, ya del laudo de 26 de Diciembre de 1883, la obligación cuya efectividad se pretendía, no llegaba á existir tal obligación, ó el *dies cedit* para esa efectividad, mientras no se obtuviesen los beneficios de las operaciones sociales, obtenidos durante la gestión social, y sólo durante ella; que al tomar el acuerdo del pago la Sociedad, no abdicó, ni pudo abdicar, del derecho de disolverse, cuando lo hiciera necesario la marcha de sus negocios, que amenazara la pérdida completamente del capital; que nada significaba que

Olano obtuviese ó no beneficios durante la explotación provisional de las minas: pues sobre que esto podía ser por haber empleado medios que la Sociedad no tenía, ó por otras causas que no era del caso investigar, nunca serían beneficios de la gestión social á que se concretaban de un modo categórico el acuerdo y el laudo; que no era cierto que con la fusión obtuviera La Carbonera Española beneficios por 187.870 duros, pues el concepto de beneficios lo tenía fijado la misma Sociedad en el art. 61, juntamente con el 23 y el 24 de sus estatutos, diciendo ser beneficios sociales las ganancias resultantes del balance anual que aprobara la junta general, los cuales se satisfarían en forma de dividendos activos, cortando el cupón correspondiente, nada de lo cual sucedió nunca; que la fusión se efectuó para transigir el pleito que La Carbonera Española tenía con Salvadó, y para dejar zanjados los otros pleitos y cuestiones entre la misma Sociedad y el Ferrocarril y Mina de Berga; que el canje de las acciones de La Carbonera Española con el 20 por 100 desembolsado por otras tantas del Ferrocarril y Minas de Berga con el 30 por 100, no produjo beneficio alguno para ninguna de las dos Sociedades, ni por él ingresó nada en la caja de la primera, antes al contrario, bajo el punto de vista de haber pasado á pertenecer á mayor número de socios ó accionistas el haber que ambas se disputaban en pleito, las dos perdieron en la fusión, como ocurría en todas las transacciones, y si, como los demandantes suponían, ese haber era de La Carbonera Española, habría salido perdiendo con la fusión; que al afirmar los demandantes que la Sociedad Ferrocarril y Minas de Berga, al disolverse, pudo haber hecho algo por sus acreedores y ponerlos en condición de cobrar sus créditos, partían del error de creer que eran acreedores, cuando no lo eran ni lo habían sido nunca, pues que no se había cumplido la condición de que dependía la obligación del pago, de haber obtenido beneficios la Sociedad hasta la fecha de su disolución; que las obligaciones que Olano había de entregar eran de valor de 60 pesetas, con el 5 por 100 de interés, y por consiguiente, los accionistas no sólo habían dejado de obtener beneficios, sino que perdían 90 de las 150 pesetas desembolsadas por cada acción; y que la Sociedad, al acordar el pago con los beneficios sociales de lo que ahora se le reclamaba, no se impuso la obligación de acordar dividendo alguno, por lo cual los demandantes no podían recriminarla por que no acordara el desembolso del 7 por 100 que faltaba del valor nominal de las acciones.

Resultando que en el período de pruebas, las suministraron las dos partes de confesión en juicio, contestando la demandada, entre otras cosas, que las acciones del Ferrocarril y Minas de Berga, al fusionarse con La Carbonera Española, representaban un desembolso de 150 pesetas, y su valor nominal era de 500 y el capital de 25 millones; que el plazo concedido á Olano fué para que estudiara la conveniencia del negocio y no solamente para que averiguase el rendimiento de las minas; y que la Sociedad nunca había suspendido pagos, ni presentádose en quiebra, dando además las dos partes prueba documental, y también la de testigos la demandada:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales de las dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia confirmatoria de 7 de Mayo del año próximo anterior, absolvió á D. Ricardo Esteve, como representante de la Comisión liquidadora de la Sociedad Ferrocarril y Minas de Berga, de la demanda contra la misma, propuesta por D. Conrado Rouviere y D. José Cirera, sobre pago de honorarios, como individuos de la Junta directiva de La Carbonera Española, no dando lugar, en consecuencia, á la declaración que se solicita en el tercer extremo de la súplica de dicha demanda; y

absolvió á los actores de la reconvención formulada por la parte demandada, sin hacer especial condena de costas de la primera instancia, é imponiendo las de la segunda á los demandantes:

Resultando que D. Conrado Rouviere y D. José Cirera han interpuesto recurso de casación por infracción de ley, citando en su apoyo los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, y como infringidos:

Primero. Al apreciar las pruebas: primero, las leyes 7.ª y 8.ª, tít. 2.°, libro 17 del Digesto, *Pro socio,* y 7.ª, tít. 1.°, Partida 5.ª, que establecen el concepto legal de las ganancias en el contrato de sociedad, declarando que son lo que resulta del trabajo de cualquiera, ó el lucro que se obtiene por compra, venta ó arrendamiento; pues si La Carbonera Española obtuvo ventajas positivas consiguientes al contrato de fusión con el Ferrocarril y Minas de Berga, y últimamente con la venta á Don José Enrique de Olano, unos intereses por los títulos, que no los devengaban los antiguos, es indudable que tales contratos produjeron ganancias, y por consiguiente, que se cumplió la condición de que pendía el cumplimiento de la obligación contraída en favor de los recurrentes; y segundo, la ley 114, tít. 18 Partida 3.ª, confirmada por repetida jurisprudencia de este Tribunal Supremo, según la que las escrituras públicos que reunen los requisitos legales, valen para probar lo que en ellas se dijere; ya que la sentencia no tiene en cuenta para juzgar si se cumplió ó no dicha condición, lo que resulta probado por instrumento públicos, cuya veracidad no se ha puesto en duda:

Segundo. El art. 57 del Código de Comercio vigente, que prescribe que los contratos de comercio se cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas ó escritas ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo como los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones; porque es opuesto á la buena fe el no tener en cuenta que cuando los individuos de la Junta directiva de La Carbonera Española consintieron el aplazamiento en el cobro de la mitad de sus honorarios, lo hicieron contando con un estado que permitía esperar la entrada en la Sociedad de fondos eliminados de toda clase de riesgos y contingencias de la explotación; y porque al suponer que las ganancias ó utilidades debían provenir precisamente de ésta, se tergiversan los términos del pacto y se hace de peor condición á los acreedores:

Tercero. Las leyes 85, Partida 7.ª, tít. 1.°, libro 45, *De verborum obligationibus;* 24 y 81, párrafo 1.°, tít. 1.°, libro 35, *De conditionibus et demostrationibus* del Digesto; y 14, tít. 4.°, y 22, tít. 9.° de la Partida 6.ª, y la jurisprudencia sentada en las sentencias de 3 de Septiembre de 1859 y otras, que estatuyen que cuando una obligación deja de cumplirse por falta de uno de los obligados, no puede el que está en este caso considerarse exento de responsabilidad, y que entonces la obligación deja de ser condicional, adquiriendo el derecho de reclamar aquel á cuyo favor se constituyó; porque declarando la sentencia recurrida que el contrato de venta á D. José Enrique de Olano no produjo ganancias, y siendo la venta definitiva é irrevocable, es evidente que aquéllas no pueden producirse ya en lo porvenir por parte de la Sociedad vendedora, que ha puesto fin por acto voluntario á su vida jurídica, y por tanto, que el obligado ha hecho imposible, por acto de su albedrío, el cumplimiento de la referida condición; y

Cuarto. El art. 235 del Código de Comercio vigente, según el cual, ningún socio podrá exigir la entrega del haber que le corresponda en la

división de la masa social, mientras no se hallen extinguidas todas las deudas y obligaciones de la Compañía, ó no se halla depositado su importe, si la entrega no se pudiese verificar de presente; y el principio de de derecho de que nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno; toda vez que la sentencia no accede á la petición formulada en la demanda de los recurrentes, para que se entendiese que venian sujetos al pago de los créditos reclamados, cualesquiera valores, cantidades, intereses ó rentas que se debiesen percibir del comprador Olano y repartir entre los accionistas del Ferrocorril y Minas de Berga, en liquidación, y que así esta Sociedad deja de atender á esa obligación de su pasivo al traspasar todo su activo al comprador.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Enrique Lassús:

Considerando que al apreciar la Sala sentenciadora las pruebas practicadas en el juicio, no ha infringido ni podido infringir las leyes romanas que se citan en el primer motivo del recurso, las cuales se refieren á la sociedad universal civil, y no tienen aplicación alguna á la sociedad mercantil creada para un determinado objeto, carácter que revestía La Carbonera Española, que celebró el contrato de cuyo cumplimiento se trata, ni tampoco se han infringido las leyes de Partida que se invocan, ya porque el concepto de ganancias ó utilidades de que habla la 7.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, es el mismo que reconoce la sentencia reclamada; ya por no constar acreditado que por el contrato de fusión con la Sociedad del Ferrocarril y Minas de Berga hubiese obtenido La Carbonera Española utilidades ni beneficios, como tampoco aparece que los obtuviera de la venta que hizo á D. José Enrique de Olano, y ya, por último, porque el precepto contenido en la ley 114, tít. 18 de la Partida 3.ª, no ha sido en realidad desconocido por dicha Sala al estimar los hechos que constan de los documentos públicos á que alude el recurrente en este primer motivo del recurso:

Considerando que aparte de que no puede estimarse como infringido el art. 57 del Código de Comercio vigente, porque no cabe darle efecto retroactivo para aplicarle á un contrato celebrado en 1874, es lo cierto que el estado creado por la Sociedad La Carbonera Española, al celebrar dicho contrato, por virtud del que ya tenía pendiente con D. Ramón Salvadó, y que según los recurrentes afirman permitía esperar la entrada en la Sociedad de fondos eliminados de toda clase de riesgos y contingencias de la explotación minera, no es el estado á que se refiere como condición precisa el expresado convenio del 74, cuyo cumplimiento se solicita, en el cual se hizo depender el pago de la segunda mitad de honorarios del hecho de que se obtuvieran utilidades que no llegaron á realizarse, con la promesa incumplida por Salvadó de satisfacer un canon á la expresada Sociedad por la cesión que ésta le hizo, siendo, por lo tanto, un hecho reconocido por la sentencia recurrida, como ya lo había sido por la dictada por los amigables componedores en 26 de Diciembre de 1883, que no se había cumplido la condición de que depende la obligación que origina el pleito, y carece, por lo tanto, de fundamento el segundo motivo de recurso:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las leyes del Digesto y las de Partida que se citan en el tercer motivo, ya porque las primeras no son aplicables á una cuestión mercantil, ya porque unas y otras se refieren á condiciones potestativas, y no á mixtas y casuales, como es la de obtener beneficios ó ganancias en una explotación minera y no puede en realidad entenderse que se ha cumplido la condición de obtener utilidades por haber impedido voluntariamente su cumplimiento la Sociedad demandada con la venta otorgada á Olano, toda vez que

cuando en Marzo de 1874 se tomó el acuerdo de pagar la segunda mitad de los honorarios debidos á los individuos de la Junta directiva con las utilidades que se obtuviesen, estaban vigentes los estatutos de La Carbonera Española, en cuyo art. 81, la Sociedad se reservó el derecho de disolverse si la explotación no producía beneficios, y es evidente que aquel acuerdo no modificó los estatutos, sino que antes bien se subordinó á ellos, llevando implícito el supuesto de que la Sociedad no se disolviese en uso de su derecho, como se disolvió en efecto, con la venta de su haber social, careciendo por consiguiente de fundamento el expresado motivo que para la casación se invoca:

Considerando que tampoco puede estimarse el cuarto y último de los motivos del recurso, pues además de que el art. 235 del Código de Comercio, como posterior á la obligación de cuyo cumplimiento se trata, no puede ser aplicable á ella, al citarlo el recurrente como infringido hace supuesto la cuestión, estimando exigible una obligación condicional, cuando no aparece que de la condición casual de que dependía se hubiese realizado, que es el punto esencial controvertido en el pleito y resuelto en la sentencia cuya casación se solicita;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D, José Cirera y Ripoll y D. Conrado Rouviere y Bula, á quienes condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.=Francisco Toda.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Enrique Lassús, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 22 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Núm. 113.—TRIBUNAL SUPREMO.—23 de Marzo, pub. el 13 de Abril.

Casación por infracción de ley.—*Responsabilidad civil.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Roca contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, en pleito con D. Valentín Escribano y otro.

En sus considerandos se establece:

Que según los arts. 260, 261 y 262 de la ley sobre organización del Poder judicial, los Jueces y Magistrados incurren en responsabilidad civil siempre que por ignorancia ó negligencia inexcusables causen á las partes en el ejercicio de sus funciones perjuicios estimables ó que puedan apreciarse en metálico, dictando providencias manifiestamente contrarias á la ley, ú omitiendo algún trámite mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad, y siempre que al perjuicio acompañe la circunstancia de ser irreparable dentro del procedimiento en que se hubiere ocasionado; porque requiriendo los arts. 266 de la ley orgánica citada y 903 de la de Enjuiciamiento civil como

condición precisa para promover el juicio de responsabilidad, que el actor hubiere utilizado á su tiempo los recursos legales contra la resolución en que suponga causado el agravio, ó hubiere reclamado oportunamente de ella durante el juicio pudiendo hacerlo, es evidente que si por tales medios logró ó pudo lograr la reparación del perjuicio, no le es dable recurrir al ejercitado en estos autos, que en tal sentido es de carácter subsidiario:

Que si bien el art. 265 de la ley orgánica y el 904 de la procesal no exigen la ejecución de la sentencia para que pueda entablarse la demanda de responsabilidad civil, bastando, con arreglo á los mismos, que quede terminado por sentencia firme el pleito en que se causare el agravio, tal doctrina no puede tener aplicación al caso en que en el mismo pleito se reconoció y enmendó la falta, cuya reparación en el terreno de los hechos sólo puede tener lugar en el período de ejecución de sentencia:

Que los arts. 1156, 1766, 1767, 1775 y 1902 del Código civil, que se refieren á las obligaciones que nacen de la culpa, á la extinción de las obligaciones y á las que se derivan del contrato de depósito, son impedimentos para la resolución de un pleito en que se trata de la responsabilidad civil judicial, regulada por disposiciones especiales:

Que en casación no son de estimar los errores de hecho que no afectan á la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. José Roca de Togores y Perpiñán, vecino de Elche, propietario, contra D. Valentín Escribano y Roca, Juez de primera instancia de Orihuela, y D. José Balaguer y Muñoz, vecino de la misma ciudad, Abogado, sobre responsabilidad civil; pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto el demandante, representado y defendido por el Procurador D. Pedro Gauna y el Licenciado D. Jorge Roca de Togores; habiendo comparecido D. José Balaguer, representado y defendido por el Procurador D. Vicente Turón y el Doctor D. Francisco Lastres, y el D. Valentín Escribano por el Procurador D. Mariano Vivar y el Letrado Licenciado D. Trinitario Ruiz y Valarino.

Resultando que en 1.º de Marzo de 1895, el Procurador D. Eustaquio Turón y García presentó en el Juzgado de primera instancia de Orihuela un escrito, acompañado de una relación de cantidades que le adeudaba D. José Roca de Togores y Perpiñán, administrador judicial de la testamentaría de D. Andrés Rebagliato, importante 2.544 pesetas 45 céntimos, y expuso que Roca, como tal administrador, le confirió poderes para representarle en todos los asuntos de la testamentaría bajo la dirección de Letrado, de orden del cual y de su poderdante tenía hechos los trabajos y desembolsos que detallaba en la relación referida, y practicadas para su cobro inútilmente gestiones amistosas, juraba la certeza de la deuda, fundado en el art. 8.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y pidió se hiciera saber á Roca que dentro de tercero día le satisficiese la cantidad referida, y no verificándolo, se procediera á su exacción por la vía de apremio; acordando el Juez municipal D. José Balaguer, en providencia del mismo día, de conformidad con la primera parte de la petición, y en cuanto á la segunda, bajo apercibimiento de apremio; y pedida reposición por Roca de tal proveído, con la pretensión de que se desestimase la de Turón por no ser deducida en forma, reservándole sus derechos para que los pidiera por la vía correspondiente, y se le condenase en las costas y gastos del incidente, por ser los derechos reclamados de traba-

jos extrajudiciales, el Juez D. Valentín Escribano, en providencia del 12, mandó se hiciera saber al recurrente que consignase en la mesa del Juzgado la cantidad importe de la cuenta, sin cuyo requisito no podía resolverse el recurso, lo que efectuó Roca el día 15, insistiendo en la reposición solicitada:

Resultando que el mismo día 15, y á virtud de providencia del Juez Balaguez mandándolo así, se entregó á Turón el dinero consignado; declarándose por auto del mismo Juez, dictado el día 18, no haber lugar á la reforma solicitada de la providencia del día 1.°; y pedido por Roca el mismo día 18 reposición de la providencia del 15, así como de las del 1.° y 12 pendientes de resolución, que se supendira la entrega de la cantidad á Turón y que se entregase al recurrente, y tramitado el recurso, el Juez Escribano, por auto de 4 de Abril, acordó no haber lugar á la reforma de los proveídos de 12 y 15 de Marzo, y que se estuviese á lo en ellos mandado, con la condena al recurrente en las costas del incidente; é interpuesta apelación por Roca, el mismo Juez, en auto de 5 de Abril, no la admitió, por referirse el recurso de reposición á providencia de mera tramitación:

Resultando que en 15 de Abril de 1895, D. José Roca de Togores y Perpiñán promovió incidente de nulidad de las actuaciones practicadas, con la condena en costas á Turón, acordando el Juez Escribano, en providencia del 17, no haber lugar á la admisión de la demanda, por estar terminadas las diligencias en que se promovía el incidente de conformidad con el art. 743 de la ley procesal, de cuya providencia pidió reposición Roca, que fué denegada; é interpuesta apelación y sustanciada en debida forma, la Audiencia de Valencia, por auto de 29 de Noviembre del mismo año 1895, revocó el apelado de 26 de Abril y repuso la providencia del 17, declarando procedente la admisión de la demanda de nulidad, sin expresa condena de costas:

Resultando que allanado á la demanda de nulidad Turón, excepto en lo relativo á la condena en costas, el Juzgado dictó sentencia y declaró nulas la providencia de 1.° de Marzo y todas las actuaciones posteriores, reservando á Roca los derechos que le compitieran, sin hacer expresa condena de costas, de cuyo último extremo apeló éste; y sustanciada la apelación, la Audiencia condenó á Turón en las de primera instancia, excepto las ocasionadas por la negativa del Juez á la admisión de la demanda, y las de los recursos á que dió lugar, no haciendo expresa condena de las de la apelación:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado, D. José Roca de Togores y Perpiñán presentó un escrito en 29 de Agosto de 1896, y pidió que, siendo firmes y ejecutorias las resoluciones recaídas en el incidente de nulidad, se procediese á su ejecución y se mandase que D. Eustaquio Turón le reintegrase, en el término de tercero día, las 2.544 pesetas 45 céntimos que consignó en la mesa del Juzgado y le fueron entregadas á aquél, bajo apercibimiento de que si no lo verificase se procedería contra él por la vía de apremio y en cuanto hubiera lugar en derecho; y por otrosí pidió la tasación de costas; á cuyo escrito recayó providencia del Juez Escribano, en la que ordenó que antes de acordar á lo principal se practicase por el actuario la tasación de costas, lo que se efectuó, entregándose su importe, consignado por Turón, á los interesados:

Resultando que en escrito fecha 30 de Septiembre de 1896, D. José Roca solicitó que, de conformidad con lo por él pedido en el escrito de 29 de Agosto, ordenase el Juzgado á Turón le reintegrase, en término de tercero día, las 2.544 pesetas 45 céntimos, bajo apercibimiento de que, de no efectuarlo así, se procedería contra él por la vía de apremio, á lo que

proveyó el Juzgado en 14 de Octubre, de completa conformidad con lo solicitado:

Resultando que con estos antecedentes, D. José Roca de Togores Perpiñán formuló en 1.º de Febrero de 1897, ante la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, la demanda de responsabilidad civil, origen de estos autos, contra los Jueces de primera instancia y municipal de Orihuela, Escribano y Balaguer, y alegó además que no había sido reintegrado de las 2.544 pesetas 45 céntimos, y que tampoco había podido conseguir la entrega del testimonio conducente á la interposición de la demanda, ni la remesa de los autos dentro de los seis meses siguientes á la del en que se dictó la resolución definitiva en el incidente de nulidad referido, por lo que pidió que en definitiva se diese lugar á la responsabilidad civil demandada, y se condenase á los demandados á que dentro de segundo día le abonasen las 2.544 pesetas 45 céntimos, con los intereses á contar desde el emplazamiento, con el pago de las costas:

Resultando que D. Valentín Escribano y Roca opuso á la demanda, entre otras alegaciones, que el demandante no había querido reintegrarse de las 2.544 pesetas, pues había abandonado el procedimiento de apremio incoado por él contra Turón en las diligencias de ejecución de sentencia que declaró la nulidad de lo actuado; que no había instado nuevamente dicho procedimiento de apremio que se hallaba pendiente, y que Turón era solvente, pues tenía prestada fianza de 5.000 pesetas por razón de su cargo de Procurador, y alegando las excepciones de prescripción, falta de acción en el demandante, litispendencia, por hallarse en tramitación un procedimiento de apremio contra Turón, por el que se reintegraría el demandante de la cantidad que reclamaba; falta en la demanda del testimonio y demás requisitos exigidos en la ley de Enjuiciamiento civil; falta de determinación de las providencias de que se hacía responsable á cada uno de los demandados; no haberse apurado todos los recursos legales contra las providencias recurridas, y no haber existido infracción de ley por negligencia ó ignorancia inexcusables, ni perjuicio alguno estimable, pidió se le absolviese de la demanda y se declarase no haber lugar á la responsabilidad civil, y pago de las 2.544 pesetas 45 céntimos en la parte que le afectaba, con las costas al actor:

Resultando que D. José Balaguer y Muñoz, por su parte, contestó también á la demanda, oponiéndose á ella, después de exponer como hechos los que estimó conducentes á su objeto, la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda y la perentoria *sine actione agis* y las demás que le compitieran, y pidió también que se le absolviese de la demanda, con imposición de perpetuo silencio y las costas al actor:

Resultando que evacuados los trámites de la réplica y dúplica, en las que los litigantes mantuvieron sus respectivas afirmaciones y pretensiones, se recibió el pleito á prueba, practicándose la de confesión en juicio y documental, y absolviendo posiciones el demandante á instancia de Balaguer, dijo: que el Abogado de Elche, D. Manuel Gómez Valdivia, actuaba redactando sus escritos, y como no podía firmarlos por no estar incorporado al Colegio de Orihuela, los firmaba el declarante por aquél, pero sin hacerse solidario de las opiniones y juicios emitidos por el mismo en todo lo que no pudiesen estar conformes con el criterio del manifestante y con lo que después había pedido, no estando tampoco conforme con los conceptos emitidos por Gómez que fuesen opuestos á los emitidos por el Abogado del declarante en Orihuela en el curso del pleito; que las intenciones del declarante no eran sólo pedir contra Turón, sino contra los Jueces, porque uno de ellos le obligó á constituir

un depósito ilegalmente, y Balaguer lo entregó, incurriendo los dos en responsabilidad civil por ignorancia ó negligencia inexcusable; y que si reclamó contra Turón, amenazándole con que si no le pagaba le ejecutaría, fué para hacerle fuerza, pues si le pagaba salía ya de pleitos, y si no, el declarante había llenado los requisitos de la ley antes de dirigirse contra los Jueces exigiéndoles la responsabilidad civil, lo que ya podía hacer exigiéndoles el pago, y por eso no había presentado ni pensaba presentar el procedimiento de apremio contra Turón:

Resultando que en 4 de Julio de 1898, la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó sentencia, por la que desestimó todas las excepciones alegadas, menos la fundada en el procedimiento de apremio comenzado contra D. Eustaquio Turón para la entrega de la cantidad que en los autos se reclamaba, y absolvió de la demanda á D. Valentín Escribano y Roca y D. José Balaguer Muñoz, Jueces de primera instancia y municipal de Orihuela, con imposición de todas las costas al demandante D. José Roca de Togores y Perpiñán:

Resultando que D. José Roca de Togores y Perpiñán ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.°, 4.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Infracción de los arts. 260, 261 y 262 de la ley orgánica del Poder judicial, y el 903 de la de Enjuiciamiento civil, porque dichos artículos establecen el recurso de responsabilidod civil contra los Jueces y Magistrados para el caso que en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia ó ignorancia inexcusables, causando un perjuicio estimable en metálico á un litigante; y á pesar de apreciar la Sala sentenciadora la concurrencia de todos estos requisitos, hace depender la responsabilidad de los demandados del resultado que pueda obtener la reclamacion contra una tercera persona, de que los citados artículos no tratan:

Segundo. Infracción de los mismos artículos antes citados, por interpretación errónea, toda vez que estableciéndose en ellos la responsabilidad civil como principal y directa, siempre que concurran las circunstancias que especifican, y admitida por la sentencia recurrida que todas concurren en la demanda, se convierte, sin embargo, dicha responsabilidad en subsidiaria, haciéndola depender del incumplimiento de sus obligaciones por parte de un tercero:

Tercero. Infracción del art. 1902 del Código civil, en relación con los 260, 261 y 262 de la ley orgánica del Poder judicial, porque reconociendo la sentencia que se causó al demandante un daño estimable, con evidente infracción de las disposiciones legales, y que la responsabilidad alcanza á ambos Jueces demandados, les absuelve de la demanda y les exime de la obligación que los relacionados artículos les imponen:

Cuarto. Infracción del art. 1156 del Código civil, que enumera los distintos modos de extinguirse las obligaciones; toda vez que la sentencia recurrida reconoce la culpabilidad de los demandados y, por tanto, la obligación de indemnizar en que han incurrido por ministerio de la ley, y sin embargo, declara extinguida dicha obligación por causa distinta de las que el citado artículo menciona:

Quinto. Infracción de los arts. 1766, 1767 y 1775, en relación con el 1758 del Código civil; el 1446 de la ley procesal, y el núm. 5.° de la Real orden de 24 de Agosto de 1891 sobre depósitos judiciales; así como la doctrina legal, consignada, entre otras sentencias de este Tribunal Supremo, en la de 17 de Octubre de 1892; puesto que reconociendo la sentencia que el Juzgado se hizo cargo de la cantidad que se le mandó con-

signar al recurrente para proveer á la reposición por él solicitada, no puede negarse que se constituyó en verdadero depositario, y como tal, debió conservar en su poder aquella cantidad hasta que se resolviera el recurso, y al no hacerlo así y entregarla á Turón, infringió las disposiciones citadas y se hizo personalmente responsable de los perjuicios que se irrogaran al actor, desconociendo y negando la sentencia recurrida todo valor y eficacia á tales preceptos, y privando al recurrente del derecho que dichos artículos y la sentencia de nulidad le reconocen para poder exigir del depositario la devolución de su depósito al absolver á los demandados:

Sexto. Error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos auténticos, que son los dos escritos presentados por el recurrente en los autos de nulidad, en los que pidió que el Procurador Turón le abonase las 2.541 pesetas 45 céntimos, bajo apercibimiento de apremio, y la providencia recaída de conformidad á esas pretensiones, cuyos documentos han sido la base del fallo; consistiendo el error de la sentencia en decir que mediante ellos el recurrente inició el procedimiento de apremio en ejecución de sentencia contra el citado Turon, cuando bien considerado no es más que una reclamación, con apercibimiento de un apremio que no se podía ejecutar; debiendo tenerse en cuenta que aquel procedimiento no comienza, según el art. 922, hasta que hecho el embargo de bienes del deudor, se pasa al avalúo y venta; y como la providencia en cuestión no ordenaba ninguna de estas cosas, no pudo iniciar el procedimiento de apremio:

Séptimo. Por interpretación errónea, infracción del art. 265 de la ley orgánica del Poder judicial, y su concordante el 904 de la ley de Enjuiciamiento civil, que preceptúan que no puede interponerse la demanda de responsabilidad civil hasta que quede terminado por sentencia ó auto firme el pleito en que se haya causado el agravio, y no exigen la ejecución de la sentencia ó auto ni ningún otro procedimiento posterior, sino solamente que se haya dictado; y esto no obstante, la Sala sentenciadora obliga á que se hayan agotado después de dictada la sentencia firme otros procedimientos para poder obtener la reparación del perjuicio de un tercero antes de entablar la demanda de responsabilidad; y

Octavo. Contradicción en el fallo al declarar desestimadas las excepciones alegadas por los demandados, excepto la que se funda en el procedimiento inicial contra Turón, y absolver por ésta á los demandados; porque tal desestimación envuelve las afirmaciones que hace la Sala sentenciadora de que los demandados han incurrido en responsabilidad por consecuencia de providencias injustas, que han producido al actor un daño estimable; que se han cumplido por éste todos los requisitos legales para entablar la demanda, y que ésta se presentó oportunamente; con cuyas declaraciones se consagra la procedencia de la misma y la responsabilidad de los Jueces, y al absolverles, se destruye tal declaración.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pedro Lavín:

Considerando que, según los arts. 260, 261 y 262 de la ley sobre organización del Poder judicial, los Jueces y Magistrados incurren en responsabilidad civil siempre que por ignorancia ó negligencia inexcusables causen á las partes en el ejercicio de sus funciones perjuicios estimables ó que puedan apreciarse en metálico, dictando providencias manifiestamente contrarias á la ley, ú omitiendo algún trámite mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad, y siempre que al perjuicio acompañe la circunstancia de ser irreparable dentro del procedimiento en que se hubiere ocasionado, porque requiriendo los arts. 266 de la ley orgánica citada y 906 de la de Enjuiciamiento civil como condición precisa

para promover el juicio de responsabilidad, que el actor hubiere utilizado á su tiempo los recursos legales contra la resolución en que suponga causado el agravio, ó hubiere reclamado oportunamente de ella durante el juicio pudiendo hacerlo, es evidente que si por tales medios logró ó pudo lograr la reparación del perjuicio, no le es dable recurrir al ejercitado en estos autos, que en tal sentido es de carácter subsidiario:

Considerando que sea cualquiera el juicio que se forme acerca de la imputada ilegalidad de la providencia de 1.º de Marzo de 1895, dictada por el Juez municipal de Orihuela D. José Balaguer, y de las del 12 y 15 del mismo mes, pronunciadas respectivamente por el Juez de primera instancia D. Valentín Escribano y por el propio Juez municipal, en las que se ordenó que el recurrente consignase en el Juzgado el importe de la cuenta del Procurador Turón y la entrega á éste de dicha cantidad, lo cual era una consecuencia del primer proveído, á tenor de lo dispuesto en el art. 8.º de la ley de Enjuiciamiento civil, no consta que por estos procedimientos se causara á D. José Roca de Togores un perjuicio irreparable, puesto que declarada por sentencia firme la nulidad de las mencionadas providencias, en virtud de la demanda incidental interpuesta por el mismo, este fallo se halla pendiente de ejecución por faltas imputables á la parte que lo obtuvo, y por lo tanto se ignora si con la fianza del Procurador ó con sus bienes, si los tiene, puede reintegrarse el recurrente de la cantidad que reclama:

Considerando, por lo expuesto, que al absolver la Sala sentenciadora á los Jueces demandados, no infringe los preceptos de las leyes orgánica y procesal que se invocan en los dos primeros motivos del recurso, ni los 265 de la primera y 904 de la segunda, que se alegan en el 7.º, en el concepto de que estos artículos no exigen la ejecución de la sentencia para que pueda entablarse la demanda de responsabilidad civil, bastando, con arreglo á los mismos, que quede terminado por sentencia firme el pleito en que se causara el agravio, porque tal doctrina no puede tener aplicación en casos como el actual, en que en el mismo pleito se reconoció y enmendó la falta, cuya reparación en el terreno de los hechos sólo puede tener lugar en el período de ejecución; y

Considerando que tampoco puede prosperar el recurso por los motivos restantes, por ser impertinentes para la resolución de un pleito en el que se trata de la responsabilidad civil judicial, regulada por disposiciones especiales, los preceptos del Código civil citados en los motivos 3.º, 4.º y 5.º, que se refieren á las obligaciones que nacen de la culpa, á la extinción de las obligaciones y á las que se derivan del contrato de depósito, y porque los supuestos errores que se atribuyen á la sentencia en los motivos 6.º y 8.º no afectan á la parte dispositiva de la misma;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. José Roca de Togores Perpiñán, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Valencia la correspondiente certificación, devolviéndola los documentos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Enrique Lassús.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro Lavín, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribu-

nal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 23 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 114.—TRIBUNAL SUPREMO.—23 de Marzo, pub. el 13 de Abril.

CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—*Desahucio.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña Antonia Navarro contra la pronunciada por el Juzgado de primera instancia de Jerez de la Frontera, en pleito con Doña Dolores Rubiales.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que la falta de personalidad en el actor se determina por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, ó por no acreditar el carácter ó representación con que reclama; y en este concepto, la falta de acción, aun en el caso de que existiera, no constituye el quebrantamiento de forma que como motivo de casación autoriza el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Marzo de 1899, en el juicio de desahucio de una casa, seguido en los Juzgados municipales y de primera instancia del distrito de Santiago de Jerez de la Frontera por Doña Dolores Rubiales y Martínez, asistida de su marido D. Manuel Prieto y Blanco, propietarios, con Doña Antonia Navarro y Sánchez, sin profesión, todos vecinos de dicha ciudad; pendiente ante Nos, en recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por la demandada, representada por el Procurador D. Luis Soto y dirigida por el Letrado D. Antonio Soto y Hernández; siendo representada y defendida la parte recurrida por el Procurador D. Pedro Mariano Palacios y el Licenciado D. Manuel Marañón:

Resultando que en la partición de bienes dejados por Doña María de las Angustias Bueno y Nova, aprobada por escritura pública de 24 de Octubre de 1893, se adjudicó á su sobrina Doña María de los Dolores Rubiales y Martínez, en pago de un legado que aquélla le hizo, la casa número 2 de la calle de Castellanos, 6 accesorio de la del Carmen, de Jerez de la Frontera, que la legataria inscribió á su nombre en el Registro de la propiedad en 21 de Diciembre de dicho año:

Resultando que en 1.º de Octubre de 1898, Doña Dolores Rubiales, asistida de su marido D. Manuel Prieto, demandó ante el Juzgado municipal del distrito de Santiago de aquella ciudad á Doña Antonia Navarro, para que fuese condenada, con costas, á dejar dicha casa totalmente desocupada y á disposición de su dueña la demandante, por haber espirado el término del aviso que se le tenía dado para la terminación del contrato; y celebrado el juicio verbal, la demandante reprodujo la demanda, y la parte demandada alegó, además de otra excepción, no reconocer como propietaria de la finca á la actora; quien, al replicar, insistió en ser dueña única de ella, así como la demandada, al duplicar, insistió también en lo que tenía dicho; y en el trámite de prueba presentó la demandante primera copia de la hijuela que se le formó en las referidas particiones, en la que aparece nota de la inscripción en el Registro de la propiedad:

Resultando que dictada por el Juzgado de primera instancia del expresado distrito, en 5 de Diciembre, sentencia confirmatoria de la del

Juzgado municipal, declarando haber lugar al desahucio pretendido por Doña Dolores Rubiales contra Doña Antonia Navarro, ésta, con el depósito de 45 pesetas, interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil; pues alegada oportunamente la falta de personalidad en la actora por no reconocer fuese dueña de la finca, no había sido estimada en la sentencia.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Diego Montero de Espinosa:

Considerando que la falta de personalidad en el actor se determina por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, ó por no acreditar el carácter ó representación con que reclama; y en este concepto, la falta de acción, aun en el caso de qne existiera, no constituye el quebrantamiento de forma que como motivo de casación autoriza el núm. 2.º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil; razón por la cual es improcedente el interpuesto por Doña Antonia Navarro, porque confundiéndose en él la falta de acción con la de personalidad, se hace depender ésta del supuesto de no ser la actora dueña de la casa cuyo desahucio solicita;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Antonia Navarro y Sánchez, á la que condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, á que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese la oportuna certificación al Juzgado de primera instancia de Jerez de la Frontera, acompañada de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar.=José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 23 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 115.—**TRIBUNAL SUPREMO.—27 de Marzo, pub. el 22 de Mayo.**

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Reivindicación de bienes de una capellanía.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Paulino Zarza contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, en pleito con Don Juan Antonio Villar.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que relativos los artículos 41 y 43 del Concordato de 1851 al derecho de la Iglesia para adquirir por título legítimo, y á la Administración en lo no previsto por el mismo Concordato, y los artículos 4.º, 6.º, 20 y 21 del Convenio con la Santa Sede, de 24 de Junio de 1867, á las subsistencias de las capellanías, cuyos bienes no habían sido reclamados á la publicación del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, á la redencion de cargas, continuación de los pleitos suspendidos y facultad de los Diocesanos para cobrar como delega-

dos de la Santa Sede, no contradicen en modo alguno, antes bien corroboran con lo dispuesto en la instrucción aprobada por Real decreto de 25 de Junio de 1867, el derecho de los Prelados para reivindicar en favor de las fundaciones los bienes de capellanías que se encuentren en el caso referido:

Que si la Sala sentenciadora apreció en conjunto todas las pruebas practicadas en el pleito, no es dado impugnar su juicio en casación con la crítica aislada de determinados elementos:

Que según repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo, es ocioso en casación combatir los razonamientos más ó menos acertados del fallo:

Que los artículos 1957 del Código civil y 479 de la ley procesal no son aplicables á la prescripción entre ausentes ni á la inmemorial.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Marzo de 1899, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Villanueva de los Infantes y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete, sobre reivindicación de bienes de una capellanía, por D. Juan Antonio Villar Zarza, en concepto de administrador de dichos bienes, con el Duque de San Fernando de Quiroga, vecino de esta corte, y D. Juan Bautista de Nova Fresneda y D. Antonio de Nova Rico, D. Francisco Sánchez García, Don Francisco Abad de Soto Torrijos, D. Juan Antonio Jiménez Mancebo, Doña Teresa Patón y Merlo, por sí y en representación de sus tres hijos menores, y D. Paulino Zarza y Estacio, propietarios y vecinos todos de Cózar; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Procurador D. Hilario Dago, bajo la dirección del Doctor D. Antonio Rentero y Villote, en nombre de Don Paulino Zarza; habiendo estado representada la parte recurrida por el Letrado D. José Sáinz de los Terreros y el Procurador D. José de Castro y Quesada:

Resultando que D. Juan Antonio Villar y Zarza fué nombrado por el Obispo de Ciudad Real, en 29 de Noviembre de 1890, administrador de los bienes dotales de la capellanía fundada en la iglesia parroquial de Infantes por Catalina Abad, con facultad expresa para litigar y recobrar los injustamente detentados; y previos actos de conciliación sin avenencia, celebrado uno de ellos en 29 de Diciembre de 1890 con D. Juan Bautista de Nova Fresneda y D. Antonio de Nova Rico, dedujo en el Juzgado de primera instancia de Infantes, en 7 de Marzo de 1894, la demanda de este pleito, exponiendo: que en testamento de 11 de Enero de 1683, Doña Catalina Abad, viuda de D. Fernando Mejía, fundó en la parroquia de aquella villa de Infantes una capellanía colativa familiar con los bienes que señaló, entre los que se hallaban comprendidas las seis tierras y una casa en el término de Infantes, las otras dos tierras en el término de Fuenllana y otra en el término de Cózar, que determinó, con sus linderos, en esta demanda, cuyos bienes, con todos los demás de la dotación de la capellanía, los habían poseído y disfrutado sin interrupción todos los Capellanes que la habían obtenido; que D. Juan Antonio Zarza, Párroco de Hellín y último Capellán, había disfrutado también los bienes, sin oposición ni contradicción alguna, desde que se le confirió su posesión, en 8 de Noviembre de 1852, hasta hacía unos diez años, en que fué despojado de los que dejaba enumerados por su administrador y sobrino D. Paulino Zarza y Estacio, quien tenía en su poder cuatro de las diez fincas señaladas, habiendo pasado las otras seis, por actos abusivos del mismo Zarza, á D. José María Melgarejo, Duque de San Fernando de Quiroga, D. Francisco Abad de Soto, D. Juan Antonio

Jiménez Mancebo, D. Emiliano Merlo, D. Francisco Sánchez García, Don Juan Bautista de Novo Fresneda y D. Antonio de Nova Rico; que el expresado Capellán D. Juan Antonio Zarza, á pesar de lo expuesto, seguía levantando todas las cargas de la capellanía y pagando por punto general las contribuciones é impuestos sobre las fincas, y además tenía cedidos todos sus derechos á éstas desde el año 1890 á favor del Obispo de la diócesis; y que la capellanía de que se trataba pertenecía á las declaradas subsistentes, por no haber sido reclamada antes del decreto de 28 de Noviembre de 1856, y por tanto, sus bienes no habían podido ser enajenados válidamente; é invocando después, con otros fundamentos de derecho, la ley de 19 de Agosto de 1841 y el susodicho decreto de 28 de Noviembre de 1856 y la ley de 24 de Junio de 1867, y ejercitando la acción real reivindicatoria, terminó solicitando que, previa declaración de nulidad del título ó títulos que ostentaron los citados poseedores de las fincas, contra quienes dirigía la demanda con todas sus consecuencias, incluso la de las inscripciones ó anotaciones hechas en el Registro de la propiedad, se declarara además que las fincas que dejaba deslindadas pertenecían á la capellanía fundada por Catalina Abad; mandando, por tanto, que los demandados las dejaran, con los frutos producidos ó debidos producir, á la libre disposición del demandante, como administrador legítimo de ella:

Resultando que con esta demanda acompañó, entre otros documentos, una certificación, expedida en 2 de Julio de 1883 por un Escribano eclesiástico de Infantes, comprensiva del testamento de Doña Catalina Abad; árbol genealógico, con referencia al último Capellán D. Juan Antonio Zarza; toma de posesión de éste, cumplimiento de cargas, y tasación en venta y renta de los bienes, y certificaciones de los Ayuntamientos de Infantes, Fuenllana y Cózar, constando en la de los dos primeros la baja en los bienes en el año 1881 á 82 de D. Juan Antonio Zarza, último poseedor, y en la de Cózar, que á nombre del mismo constaban amillaradas diferentes fincas desde el año 1853 á 1881, y desde el 83 figuraba en baja y dados de alta respecto de las mismas D. Juan Bautista y D. Antonio de Nova por venta que se les hizo:

Resultando que admitida la demanda y emplazados los demandados, habiéndolo sido por fallecimiento de D. Emiliano Merlo, su viuda Doña Teresa Patón, por sí y en representación de sus hijos menores, comparecieron todos, excepto esta última, y D. Francisco Sánchez García, y la contestaron, bajo una sola representación, alegando en cuanto es esencial: que el Duque de San Fernando, D. Paulino Zarza, D. Francisco Abad de Soto y D. Juan Antonio Jiménez no tenían en su poder las fincas que en la demanda se decía detentadas por cada uno de ellos, pues la que se reclamaba al Duque pertenecía al D. Paulino Zarza, á quien no se le pedía, y las demás á Doña Araceli Zarza y D. Melquiades Garrido; que los otros dos demandados, D. Juan Bautista y D. Antonio de Nova, poseían y disfrutaban con justo título, desde hacía más de diez años, dos fincas rústicas en el sitio del Origón, término municipal de Cózar, y las tenían inscritas en virtud de información posesoria, cuyas fincas las adquirieron por compra á D. Paulino Zarza, y desde el año económico de 82 á 83 las tenían amillaradas á su nombre, y venían pagando desde entonces la contribución en concepto de dueños; que las fincas que aparecían amillaradas en 1882 á nombre de D. Juan Antonio Zarza fueron dadas de baja á su instancia, sin que anteriormente las tuviese en concepto de dotales de ningún vínculo ó capellanía; que el contrato de compraventa es título eficaz para transmitir el dominio; que con arreglo á la ley Hipotecaria, la posesión de bienes raíces puede ser

inscrita válidamente; y que la acción reivindicatoria sólo puede ejercitarse por quien tenga el dominio y lo acredite cumplidamente; é invocando, por último, la excepción dilatoria de falta de personalidad respecto á los demandados Duque de San Fernando, D. Paulino Zarza, Don Francisco Abad de Soto y D. Juan Antonio Jiménez, y la de falta de acción respecto á D. Juan Bautista y D. Antonio de Nova, pidieron se les absolviera de la demanda, con imposición de costas al actor:

Resultando que en la réplica aceptó el demandante la excepción de falta de personalidad invocada por los demandados, y alegó: que el derecho de los Nova á la posesión de las fincas que detentaban arrancaba de D. Paulino, y el de éste, de cesión que sus tías Doña Inés y Doña Bibiana, hermanas de D. Juan Antonio Zarza, le hicieron por documento privado en el año de 1882 de las fincas dotales de la capellanía; contrato nulo, porque cedieron lo que tenían, y por otras razones, aparte de las que D. Paulino no pagó á sus tías el precio de la cesión ni hizo la redención ó conmutación, sino que enajenó en seguida casi todas las fincas de la capellanía; que según la legislación vigente sobre capellanías, el Obispo de la diócesis, y por tanto, su apoderado el demandante, tenía acción para reivindicar las fincas que los Nova compraron á D. Paulino Zarza, por no estar redimidas ó conmutadas las cargas eclesiásticas de la fundación; que los diez ú once años que los Nova llevaban en posesión de las fincas, no habían sido continuos, y el Obispo, como el Capellán, al tener derecho para redimir y conmutar, debían tenerlo para reivindicar, según la sentencia de 13 de Mayo de 1862; que la prescripción se interrumpió por el acto de conciliación de 29 de Diciembre de 1890, reproducido en Abril de 1893, y la ausencia de D. Juan Antonio Zarza de la provincia de Ciudad Real por más de cuarenta años, aparte de que, según sentencia de 5 de Diciembre de 1890, todos los títulos sobre bienes de capellanías colativas familiares subsistentes, inscritas ó no en el Registro de la propiedad sin la previa conmutación, son nulas; y que reproducía todo lo expuesto en la demanda en cuanto á D. Francisco Sánchez García, los dos Nova y la sucesión de D. Emiliano Merlo; y añadiendo después otros fundamentos legales á los invocados en la demanda, pidió se estimase la excepción de falta de personalidad y se desestimase la invocada en cuanto á los Nova, y que declarando previamente la nulidad de su información posesoria y del título de su causante D. Paulino Zarza, así como la de los títulos de D. Francisco Sánchez y de la sucesión de Merlo, con los del mismo causante y las relativas inscripciones hechas en el Registro de la propiedad, se resolviese que las fincas descritas en la demanda pertenecían á la capellanía de Catalina Abad, y se condenara á los demandados á dejarlas á su libre disposición, con los frutos y rentas producidos ó debidos producir:

Resultando que los demandados duplicaron, alegando, en cuanto tiene relación con el recurso interpuesto: que los documentos que se habían presentado con la demanda carecían de valor legal, pues la escritura del testamento resultaba por testimonio de un Notario eclesiástico y con referencia á un archivo que no era el del Escribano autorizante, y faltaba, por tanto, á la regla 1.ª del art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues carecía de cotejo; que nada de la demanda estaba acreditado documentalmente; que no reconocían derecho en el Obispo más que para la vigilancia de los bienes, según cláusula usual en esa clase de fundaciones, y ni ésta ni el usufructo son el dominio, ni la conmutación es sinónima de enajenación, ni siquiera equivalente; que D. Juan Antonio Zarza sólo pudo ceder ó renunciar la posesión que al parecer ya no tenía y que D. Paulino Zarza, que seguía con el carácter de demandado, ne

gaba el contrato con sus tías y el que hubiera sido administrador de los bienes de D. Juan Antonio Zarza:

Resultando que recibido el pleito á prueba, utilizó únicamente el trámite la parte demandante, suministrando la de testigos, la de posiciones dirigidas á D. Paulino Zarza, y varia documental, entre la que figura un testimonio de la escritura de poder que en 29 de Enero de 1882 otorgó D. Juan Antonio Zarza á favor de su sobrino D. Paulino para administrar y enjuiciar sus bienes, así como la de su revocación, otorgada en 12 de Febrero del siguiente año; y un documento privado otorgado en la villa de Pacheco, por el que Doña Inés y Doña Bibiana Zarza cedieron á su sobrino D. Paulino 13 fincas procedentes de la capellanía fundada por Catalina Abad, con la obligación por parte del cesionario de pagar lo que importara la redención de congrua que debía hacerse y los gastos que originara el expediente; habiendo manifestado Doña Inés y Doña Bibiana al presentar este documento, que, como herederas del llamado á la capellanía en tercer lugar, quisieron conmutar los bienes en Octubre de 1881, haciendo lo que D. Paulino les decía, razón por la que otorgaron el documento referido; pero que, sin conmutar los bienes ni contar con los demás parientes, los vendió libres de cargas:

Resultando que el Juez de primera instancia de Infantes dictó sentencia en 25 de Enero de 1895, estimando la excepción dilatoria propuesta por el Duque de San Fernando, D. Paulino Zarza, D. Francisco Abad de Soto Torrijos y D. Juan Antonio Jiménez, reconocida por el actor; desestimando la perentoria de falta de acción propuesta por los demandados D. Juan Bautista y D. Antonio de Nova, declarando nulas sus informaciones posesorias, nulo el título de su causante D. Paulino Zarza y nulos los títulos de D. Francisco Sánchez García, y de la testamentaría de D. Emiliano Merlo, con los del mismo causante, y nulas las relativas inscripciones en el Registro de la propiedad respecto á las fincas del Origón y de los Campanarios y Pajareros, términos de Cózar y Fuenllana, descritas en el hecho primero, y declarándolas pertenecientes á las dotales de la capellanía fundada por Doña Catalina Abad en la parroquia de aquella villa de Infantes; condenando á los demandados á que las dejen á la libre disposición del actor, con los frutos y rentas producidos ó debidos producir, con reserva de sus derechos, y sin hacer especial condena de costas; y apelada esta sentencia por D. Juan Bautista y D. Antonio de Nova y D. Paulino Zarza, y sostenida la apelación únicamente por el último, fué resuelta por la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete en sentencia de 11 de Noviembre de 1897, que confirmó la del Juzgado, con imposición de las costas de la alzada á D. Paulino Zarza:

Resultando que D. Paulino Zarza y Estacio interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos:

Primero. Los arts. 41 y 43 del Concordato de 1851, al suponer que en ellos se da á los Obispos derecho de reivindicar los bienes de capellanías familiares, cuando el primero se limita á declarar el derecho en la Iglesia de adquirir bienes por títulos legítimos, y el segundo, que todo lo concerniente á personas y cosas eclesiásticas será dirigido y administrado conforme á la disciplina canónica vigente, que no hace referencia á la propiedad de capellanías:

Segundo. Los arts. 4.º, 6.º, 20 y 21 del convenio con la Santa Sede de 1867, que aplica la sentencia recurrida á la reivindicación de bienes de capellanías familiares, siendo así que sólo se ocupan de su subsistencia y de la redención de cargas, no diciendo que se infringen los arts. 40 y

43, que también se citan con el mismo fin en los fundamentos de la sentencia, porque el convenio no pasa del 23:

Tercero. El art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que los documentos públicos no son eficaces en juicio cuando han venido al pleito sin citación de las partes á quienes perjudican, y siendo impugnada por éstas su autenticidad, no se cotejan con sus originales; al deducir la Sala sentenciadora la existencia de la capellanía y su carácter de colativa, de un testimonio expedido por un Notario eclesiástico que, redargüído por los demandados, no se había cotejado; no siendo lícito decir que consta la existencia de la fundación de testigos y documentos, por referirse únicamente al período de treinta años y sólo el último Capellán, y menos por documentos, como el de posesión dada á D. Juan José Zarza á nombre de su hijo, cuando era éste mayor de edad:

Cuarto. El art. 1957 del Código civil y el 479 de la ley procesal, en cuanto al primero, porque se desestimaba la excepción de prescripción de los bienes adquiridos en 1882 y tratados de reivindicar en 1894, siendo así que habían transcurrido más de diez años de posesión con justo título y buena fe; y con relación al segundo, porque se da valor para interrumpir la prescripción á un acto conciliatorio celebrado á instancia de Villar antes de ser administrador de la supuesta capellanía, habiendo dejado transcurrir cuatro años hasta la presentación de la demanda.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente de Piniés:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe los artículos del Concordato de 1851 y del convenio con la Santa Sede de 24 de Junio de 1867, que se citan en los dos primeros motivos del recurso, por cuanto, relativos los segundos á la subsistencia de las capellanías, cuyos bienes no habían sido reclamados á la publicación del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, á la redención de cargas, continuación de los pleitos suspendidos y facultad de los Diocesanos para cobrar como Delegados de la Santa Sede, y referentes los primeros al derecho de la Iglesia para adquirir por título legítimo, y á la Administración en lo no previsto por el Concordato, con arreglo á la disciplina de la Iglesia, no contradicen en modo alguno, antes bien corroboran con lo dispuesto en la instrucción aprobada por Real decreto de 25 de Junio de 1867, el derecho que para reivindicar en favor de la fundación los bienes dotales de la capellanía de que se trata tuviera el demandante D. Juan Antonio Villar, en representación del Obispo de Ciudad Real, por las facultades que le confieren dichos convenio y Real decreto:

Considerando que tampoco ha sido infringido el artículo citado en el segundo motivo del recurso, porque el Tribunal sentenciador no ha deducido su afirmación de sólo el testimonio á que se refiere el recurrente, y el cual no pudo cotejarse por haber desaparecido la escritura matriz ó título original, según información *ad perpetuam* practicada en 1887, sino de todos las pruebas practicadas apreciadas en conjunto; apreciación que no es dado impugnar en casación con sólo la crítica aislada de determinados elementos, como es también ocioso combatir los razonamientos más ó menos acertados del fallo, según repetida jurisprudencia de este Supremo Tribunal:

Considerando que asimismo es improcedente el recurso fundado en el motivo 4.°, ya que la Sala sentenciadora no desestimó la excepción de prescripción, refiriéndose á ésta entre presentes, y á la interrupción por el acto conciliatorio y transcurso del tiempo desde la celebración de dicho acto hasta la interposición de la demanda, sino á la prescripción entre àusentes, y por lo que respecta á los Capellanes de la fundada por

Doña Catalina Abad, á la inmemorial, á ninguna de las cuales son aplicables las disposiciones que se citan por el recurrente en el concepto que las supuso infringidas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Paulino Zarza y Estacio, á quien condenamos al pago de las costas y al de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, que se distribuirá en su caso con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.= Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Vicente de Piniés y Laguna, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 27 de Marzo de 1899.=Licenciado Jorge Martínez.

Num. 116.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Marzo, pub. el 13 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Convenio de acreedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Angel Terrazas contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, en pleito con D. Francisco Massó.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que á los efectos del art. 873 del Código de Comercio, el hecho de que el Procurador á quien se entregó no hubiera devuelto el exhorto librado para la citación de varios acreedores, no significa que dejaran éstos de ser citados oportunamente, por lo que, en el referido caso, no habiendo concurrido suficiente número de aquéllos á la junta convocada por consecuencia de la declaración del deudor en suspensión de pagos, aplica debidamente dicho artículo la sentencia que estima terminado el expediente y en libertad los interesados para hacer uso de sus derechos:

Que el mismo fallo aplicaría también rectamente el art. 903, número 1.° del Código mencionado, si la oposición al convenio se hubiere fundado en defectos de las formas presentadas para la convocación, celebración y deliberación de la junta, cuya nulidad, pedida en tiempo, hubiera estimado el Tribunal sentenciador por causas que realmente afectaren á dichas formas:

Que no infringe el art. 347 del expresado Código la sentencia que no desconoce su eficacia, sino que considera que no resultan justificadas las transferencias de créditos hechas en algunos de los documentos presentados por los acreedores, por no reunir las condiciones necesarias para demostrar su legitimidad, sin que respecto de esta apreciación se haya alegado motivo alguno de infracción.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Marzo de 1899, en el incidente seguido en el Juzgado de primera instancia de Morón de la Frontera y la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Francisco Massó

Torruella, comerciante, vecino de Málaga, contra D. Angel Terrazas Ledesma y D. Venancio Terrazas Dueña, como individuos de la Sociedad mercantil Terrazas y Compañía, domiciliada en Sevilla, sobre oposición al convenio celebrado por dicha Sociedad con sus acreedores; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. Angel Terrazas Ledesma, como único socio gerente de la mencionada Sociedad, representado por el Procurador D. Fructuoso García Abienzo y defendido por los Licenciados D. Adolfo Pons y Humbert y D. Guillermo Pérez Herrero, éste en el acto de la vista; no habiendo comparecido la parte recurrida en este Tribunal Supremo:

Resultando que la Sociedad mercantil Terrazas y Compañía, en escrito de 1.° de Abril de 1897, acudió al Juzgado de primera instancia de Morón de la Frontera en solicitud de que se la declarase en estado legal de suspensión de pagos; á lo que se accedió en providencia del día siguiente, convocando el 9 de dicho mes á junta general de acreedores para el día 29 próximo, mandando se citara á todos los comprendidos en la relación presentada por dicha Sociedad:

Resultando que el mencionado día 29 de Abril de 1897 no pudo celebrarse la junta señalada, por no haber comparecido más que tres acreedores, por lo que se levantó la oportuna acta y declaró no haber lugar á celebrarla; presentando con aquella fecha la representación de Terrazas y Compañía un escrito, firmado también por los tres acreedores que concurrieron, con la pretensión de que se señalase nuevo día para la junta y que continuara el estado de suspensión de pagos, porque no habían sido citados los acreedores de Barcelona; á consecuencia de lo cual, el Juzgado, con fecha 30 del mismo Abril, declaró sin efecto dicha acta, y señaló para la nueva junta de acreedores el día 28 del siguiente mes de Mayo, á las dos de la tarde, día en que se celebró, concurriendo á ella los tres que lo hicieron á la de 29 de Abril y varios más que ostentaban créditos á su favor y otros de diferentes personas que les habían sido transferidos, mediante notas, en que se hacía constar la transferencia puesta en la misma factura, estado de cuentas ó documento privado que justificaba la deuda, firmándolas los interesados, á excepción de una que lo fué á ruego por no saber firmar el que lo era, y otro que presentó carta particular del acreedor, en la que autorizaba al asistente á la junta para que le representara en ella; en cuyo acto, D. Juan Benítez y Gutiérrez, apoderado en forma del acreedor D. Francisco Massó, hizo extensas consideraciones respecto á la tramitación observada en las diligencias practicadas, que á su juicio ofrecían vicios de nulidad, reservándose ejercitar en su día las acciones correspondientes, aparte de que estimaba por completo inadmisible la proposición presentada por la Sociedad deudora, pues entendía más práctico, dado el estado actual de aquélla, que entregase desde luego á sus aceedores todo el activo; y modificada por Terrazas y Compañía la proposición, obligándose á entregar el 20 por 100 de los créditos, que era cuanto podía pagar, en el plazo improrrogable de tres meses, á contar desde el día siguiente al en que fuese firme el convenio, se aprobó por 19 votos contra el del apoderado del acreedor Massó, siendo desestimada por unanimidad la proposición de éste, de quien se consignó la protesta de no estar conforme con la de los suspensos, que se tuvo por aceptada:

Resultando que D. Francisco Massó, con fecha 7 de Junio del expresado año 1897, promovió incidente, con la súplica de que se le tuviera por opuesto al convenio entre la Sociedad Terrazas y Compañía y sus acreedores, declarándolo á su tiempo nulo y de ningún valor ni efecto, así como todas las actuaciones practicadas y sus legítimas consecuen-

cias, con expresa condena de costas á dicha Sociedad, á la que debía declararse también en estado formal de quiebra:

Resultando que sostuvo en apoyo de su pretensión, sustancialmente, D. Francisco Massó, no ser suficiente el poder con el Procurador de Terrazas y Compañía, solicitó la suspensión de pagos por no haberse acreditado que los que le otorgaron fueron los únicos que formaban dicha Sociedad; y haberse señalado día para nueva junta, á pesar de que á la primera que se celebró no concurrieron acreedores en número bastante; habiendo asistido á la segunda algunos sin títulos que justificasen sus créditos, pues sólo presentaron estados de cuentas hechos por el mismo acreedor, votando en contra del convenio el representante de D. Francisco Massó; y citó los arts. 35, núm. 2.°, y 1714 del Código civil; 17, 103, núm. 1.°; 116, núm. 2.°; 873, 874, 876, 899 y 902 del de Comercio, y 391, 1131, 1134 y 1139 de la ley de Enjuiciamiento civil, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de Agosto de 1887, 7 de Mayo del 89, 8 de Julio del 95 y 3 de Mayo del 97:

Resultando que al contestar Terrazas y Compañía, pidió se desestimase la impugnación hecha al convenio, y se condenase en las costas á D. Francisco Massó, porque el poder presentado por el Procurador de la Sociedad era bastante; pues en él se expresaba que los otorgantes comparecían como únicos socios de aquélla, y porque no era cierto dejara de celebrarse la junta del día 29 de Abril por falta de número bastante de acreedores; pues si se extendió una diligencia en dicho sentido, fué por no haber llegado cumplimentado un exhorto dirigido á Barcelona, no habiendo recurrido ningún acreedor del auto que dejó sin efecto dicha junta; presentando en la de 28 de Mayo, para la que fué citado Massó mediante exhorto, en el que sólo se expresaba haberse señalado día para nueva junta, sin indicar la causa, cada uno de los acreedores los títulos justificativos de sus créditos; é impugnó los fundamentos legales del escrito de oposición:

Resultando que la Sociedad Sánchez y Compañía, acreedora también de Terrazas y Compañía, formuló asimismo escrito de oposición, del que desistió después; y practicada por partes prueba documental y de confesión en juicio, el Juzgado dictó sentencia declarando improcedentes las pretensiones de D. Francisco Massó Torruella, aprobando definitivamente el convenio de la Sociedad Terrazas y Compañía con sus acreedores, consistente en que los últimos se darán por pagados del total de sus respectivos créditos con el 20 por 100 de ellos, que los deudores les satisfarían en el período de tres meses, á partir desde que el convenio fuese firme, renunciándose por los acreedores al resto de sus créditos, ó sea al 80 por 100 de los mismos, mandando, en consecuencia, llevar á efecto el repetido convenio, y declarando que los interesados, y entre ellos D. Francisco Massó Torruella, debían estar y pasar por él, con las costas al D. Francisco Massó:

Resultando que interpuesta apelación de dicha sentencia por D. Francisco Massó, la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, el 10 de Agosto del próximo pasado año 1898, la revocó por otra en que declara no haber lugar á aprobar el convenio celebrado en las juntas de acreedores de la Sociedad Terrazas y Compañía en 28 de Mayo de 1897, quedando terminado el expediente de suspensión de pagos, y en libertad los interesados para hacer uso de sus derechos respectivos, sin que por ahora deba declararse tampoco á dicha Sociedad en estado de quiebra, sin expresa condena de costas de ninguna instancia:

Resultando que D. Angel Terrazas Ledesma, en concepto de Gerente de la Sociedad Terrazas y Compañía, ha interpuesto recurso de casación,

como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. El art. 873 del Código de Comercio, que establece que en el caso de no reunirse número bastante de votantes para la aprobación del convenio, quedará terminado el expediente y en libertad todos los interesados de ejercitar sus derechos; por cuanto dicho artículo supone desde luego el conocimiento de la solicitud de convenio y consiguientemente la citación á los acreedores; y no habiéndose citado, en el caso de la sentencia recurrida, á los de Barcelona, mal podían éstos asistir á la junta general, señalada para el 29 de Abril de 1897:

Segundo. El art. 903, núm. 1.º, del Código de Comercio, que consigna como causa en que podrá fundarse la oposición al convenio, «defecto en las formas prescritas para la convocación, celebración y deliberación de la junta», puesto que en la de acreedores de que se trata, señalada para dicho día 29 de Abril, lo acordado por el Juez, accediendo á la petición de los deudores y los tres acreedores concurrentes, precisamente se hizo para evitar el incurrir en la causa de oposición transcrita, que existiría si se hubiese celebrado la junta y dado por sus válidos acuerdos, sin haber citado á todos los acreedores, como sucedia con los de Barcelona, cuyo exhorto no se cumplimentó; y

Tercero. El art. 347 del Código de Comercio, con arreglo al cual, los créditos mercantiles consignados en facturas, estados de cuentas ó recibos, si bien no son endosables ni al portador, son transferibles; viniendo por medio de tal transferencia los comerciantes á ceder derechos propios sobre sus créditos á favor de otras personas; siendo, pues, legítimos los documentos presentados en la junta de 28 de Mayo de 1898 por los acreedores, sin constar en ninguna parte que no se deban tener en tal concepto.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que la no devolución por el Procurador Núñez del exhorto librado á Barcelona para la citación de los acreedores no significa que dejaran de ser citados oportunamente, y siendo terminante lo prescrito en el art. 873 del Código de Comercio, ha sido debidamente aplicado en la sentencia recurrida, como igualmente el 903, en su núm. 1.º, por haberse fundado la oposición al convenio en los defectos de las formas prescritas para la convocación, celebración y deliberacion de la junta, cuya nulidad ha sido pedida en tiempo, y estimarlo así el Tribunal sentenciador por causas que realmente afectan á dichas formas:

Considerando que, aparte de lo expuesto, la sentencia no ha desconocido la eficacia del art. 347 de dicho Código, sino que estima que no resultan justificadas las transferencias de créditos hechas en muchos de los documentos presentados, por no reunir las condiciones necesarias que demuestren su legitimidad, sin que respecto de esta apreciación se haya alegado motivo alguno de infracción;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Angel Terrazas Ledesma en el concepto con que litiga en estos autos; no hacemos condena de costas, por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Sevilla, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.= Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=El Magistrado Sr. Lassús votó en

Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 28 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 117.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Marzo, pub. el 13 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Reclamación de herencia.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Narciso Carreras contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona, en pleito con D. Juan Paretas.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que se produce la autoridad de la cosa juzgada, cuando existe entre el pleito terminado por sentencia firme y otro posterior la identidad de personas, cosas y acciones.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Gerona y la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barlona por D. Narciso Carreras y Carlés, á quien por su fallecimiento ha reemplazado su hijo D. Narciso Carreras y Ventura, labrador, vecino de Quart, contra D. Juan Paretas y Güell, el que por la misma causa ha sido sustituído por Doña Antonia Porcell y Gimbernat, como representante legal del menor D. Jerónimo Paretas y Porcell, sobre reclamación de herencia; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley, que ha interpuesto D. Narciso Carreras, representado por el Procurador D. Federico Grases y Riera y defendido por el Licenciado D. Federico Grases y Vidal, no habiendo comparecido la parte recurrida en este Tribunal Supremo:

Resultando que D. Juan Carreras y Esteve, en 16 de Diciembre de 1821, otorgó testamento en las cárceles de Gerona, en el que, á más de nombrar albaceas y ejecutores testamentarios, dejó y legó á su esposa Doña Manuela Carreras y Güell, durante su vida natural, mientras se mantuviere viuda del testador y conservase su nombre, después de la muerte de su padre D. José Carreras, y no antes, el usufructo de toda la herencia, para lo que debía formar el oportuno inventario; instituyendo heredero á D. Francisco Carreras, hijo legítimo y natural suyo y de su esposa la Doña Manuela, si el día de la muerte del testador viviese y ser su heredero universal quisiera; y premuerto él, á sus hijos, nietos y demás descendientes herederos suyos universales, si los tuviese, en el modo y forma en que él los instituiría; y si su dicho hijo D. Francisco no viviese y heredero suyo no fuese, ó lo fuese, pero muriese después sin hijos legítimos y naturales y de legítimo y carnal matrimonio procreados, ó tales que no llegasen á edad de poder hacer testamento, en dichos casos y en cualquiera de ellos, sustituyó á dicho su hijo D. Francisco el póstumo que dicha su esposa llevaba en su seno, si viniese á luz de vida y heredero suyo universal ser quisiera, y él premuerto, á sus hijos, nietos y demás descendientes y herederos suyos universales, si los

tuviese, en el modo y forma que él los instituyese, y si el dicho póstumo á luz de vida no llegase, ó llegare y heredero suyo no fuese, o lo fuese, pero muriera después, como del mencionado su hijo D. Francisco se ha dicho, en estos casos y en cualquiera de ellos sustituyó á dicho póstumo y á los suyos, y heredero universal hizo á instituyó é quien de derecho correspondiera según las disposiciones de sus antecesores; declarando, por último, que por las instituciones y sustituciones indicadas, no entendía poner vínculo ni fideicomiso alguno á sus bienes, pues quería que cualquiera de sus hijos que fuese heredero los tuviera libres y de ellos pudiera hacer y disponer á todas sus libres voluntades; bajo cuya disposición testamentaria falleció el D. Juan Carreras Esteve el día siguiente, 17 de Diciembre de 1821:

Resultando que el póstumo que se menciona en el testamento anteriormente relacionado no llegó á vivir; y habiendo entrado D. Francisco Carreras en posesión de los bienes de su padre D. Juan, los disfrutó hasta el 25 de Enero de 1854, en que falleció sin dejar descendientes, pasando entonces á poder de D. Narciso Carreras y Carlés, hermano consanguíneo del D. Juan, á cuyo favor otorgó el 14 de Mayo de dicho año su otro hermano, también consanguíneo, D. Ramón, que lo era de doble vínculo del testador, escritura de cesión, por sí y los suyos, de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, en donde quiera que estuviesen y le pertenecieran ó pudieran pertenecerle, con las obligaciones que se consignaban en la misma escritura:

Resultando que la expresada Doña Manuela Güell, esposa que fué de D. Juan Carreras y Esteve, casada en segundas nupcias con D. Juan Paretas, formuló ante el Juzgado de primera instancia de Gerona, el 19 de Septiembre de 1854, una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Narciso Carreras y Carlés, para que se le condenara á entregarla todos los bienes, muebles é inmuebles que al morir dejó D. Francisco Carreras, hijo de la demandante y sobrino del demandado, con los frutos y réditos percibidos, y se la declarase heredera abintestato, como madre del D. Francisco, sosteniendo que como tal la correspondía, en virtud de las cláusulas del testamento de D. Juan Carreras y Esteve, del que acompañaba copia, la herencia de éste, que cuando falleció disfrutaba su prenombrado hijo; á cuya demanda se opuso D. Narciso Carreras, por entender estaba llamado á la herencia de su hermano D. Juan, en virtud de la cláusula en que nombraba heredero á quien de derecho correspondiera, según las disposiciones de sus antecesores; recayendo en el enunciado pleito sentencia del Juzgado el 22 de Septiembre de 1855, que fué confirmada por la Audiencia del territorio el 1.º de Julio del 56, por la que se condenó á D. Narciso Carreras á entregar á Doña Manuela Güell, como heredera abintestato de su hijo D. Francisco, los bienes que éste dejó, con los frutos producidos y debidos producir, cuyo fallo quedó firme, entrando, en su consecuencia, en posesión de los bienes litigiosos Doña Manuela Güell, que los vino disfrutando hasta el 3 de Noviembre de 1873, en que falleció con testamento, en el que nombraba heredero universal á su hijo del segundo matrimonio, D. Juan Paretas y Güell:

Resultando que D. Narciso Carreras y Carlés, el 30 de Abril de 1878 formuló ante el susodicho Juzgado de primera instancia de Gerona demanda contra D. Juan Paretas y Güell, con la pretensión de que se le condenara á dimitir á favor del demandante todos los bienes y derechos que constituían la herencia de D. Juan Carreras y Esteve; á que hiciera entrega de todos los frutos percibidos y podidos percibir desde el año 1857, en que se apoderó de ellos Doña Manuela Güell, madre del demandado, y á pagar las costas causadas y que se causasen, alegando en apo-

yo de tal solicitud algunos de los hechos anteriormente relacionados, y añadiendo haber fallecido sin sucesión D. Francisco Carreras, primer instituído en el testamento de su padre, sin que llegara á vivir el feto, primer sustituto y segundo instituído: que el segundo sustituto y tercer instituído en el precitado testamento de D. Juan Carreras era el pariente del testador á quien por derecho correspondieran los bienes, ó sea Don Narciso Carreras, único hermano consanguíneo existente de aquél, y además cesionario de D. Ramón Carreras, con el que tenía el mismo parentesco, y que á su vez era el solo hermano de doble vínculo que tuvo el D. Juan; y haber contraído Doña Manuela Güell segundas nupcias con D. Juan Paretas, de quien hubo al demandado, que al fallecimiento de aquélla la sucedió por testamento; y como en 1857 la Doña Manuela Güell despojó al demandante D. Narciso de los bienes procedentes de D. Juan Carreras, que había entrado á poseer cuando falleció el primer instituído, desde dicha época venía detentándolos; invocó algunos fundamentos legales, y presentó con la demanda varios documentos para acreditar que los instituídos en primer término en el testamento de Don Juan Carreras y Esteve habían fallecido sin sucesion, y que era el único de los hermanos, tanto de doble vínculo como consanguíneos, que existía en la fecha de la demanda:

Resultando que D. Juan Paretas y Güell contestó, haciendo uso de la excepción *sine actione agis,* con la súplica de que se le absolviera de la demanda é impusieran las costas al actor, para lo cual sostuvo, á más de hacer mérito también de parte de lo consignado en los antecedentes: haber entrado el demandante en posesión de los bienes procedentes de D. Juan Carreras cuando falleció el primer instituído D. Francisco, pero Doña Manuela Güell, madre del D. Francisco y esposa ya del padre del demandado D. Juan Paretas, le obligó judicialmente á dimitirlos, siendo puesta en posesión de ellos y dejándoselos por testamento á su hijo, y no haber cumplido D. Narciso Carreras con las obligaciones que su hermano consanguíneo le impuso en la escritura de cesión; y adujo la cita de varios fundamentos de derecho:

Resultando que al replicar D. Narciso Carreras, en 23 de Marzo de 1839, reprodujo las alegaciones y súplica de la demanda, añadiendo: conferir la condición resolutoria de la cláusula hereditaria del testamento de D. Juan Carreras los derechos de sucesión á su único hermano de doble vínculo D. Ramón cuando falleció el primer instituído como pariente del testador, á quien de derecho correspondían los bienes, hallándose subrogado en su lugar el demandante por virtud de la escritura de cesión, por más que, aun cuando ésta no fuese válida, tendría el Don Narciso el mismo derecho, por ser el único pariente del D. Juan Carreras que existía cuando murió el D. Francisco; no poder el demandado oponer la excepción de cosa juzgada, porque las acciones ejercitadas por D. Narciso Carreras en el actual pleito, nacidas del testamento de su hermano consanguíneo, eran completamente distintas á las utilizadas por Doña Manuela Güell en el anterior, pues hizo uso de la de abintestato, demostrando la falta de pertinencia de tal excepción el que el mismo demandado se limitaba á valerse de la de *sine actione agis;* haber cumplido con las obligaciones que en la escritura de donación le impuso su hermano, habiendo pagado algunas deudas de la herencia en el poco tiempo que la poseyó; y reconocer el demandado implícitamente el valor de la condición resolutoria del testamento de D. Juan Carreras; adicionó también los fundamentos de derecho, y manifestó tener noticia del fallecimiento del demandado D. Juan Paretas y Güell:

Resultando que personada en autos Doña Antonia Porcell y Gimber-

nat, viuda de D. Juan Paretas y Güell, como madre y representante legal del menor de edad D. Jerónimo Paretas y Porcell, evacuó el traslado de dúplica, agregando, además de referir el pleito sostenido entre Doña Manuela Güell y D. Narciso Carreras, haber venido disfrutando quieta y pacíficamente D. Juan Paretas los bienes que le dejó su madre Doña Manuela Güell, procedentes de D. Francisco Carreras, hasta que el actor formuló, en 30 de Abril de 1878, la demanda inicial de este pleito, y ser D. Jerónimo Paretas y Porcell heredero de su padre D. Juan; y adicionó asimismo los fundamentos legales, oponiendo á las pretensiones deducidas de contrario la excepción de cosa juzgada:

Resultando que por haber fallecido el demandante D. Narciso Carreras y Carlés, se personó en los autos en 20 de Mayo de 1890 su hijo y heredero D. Narciso Carreras y Ventura; y recibidos á prueba, se practicó por las partes la de documentos y testifical; dictando el Juzgado, después de los demás trámites de la primera instancia, sentencia, por la que absolvió á Doña Antonia Porcell y Gimbernat, como madre y representante legal del menor D. Jerónimo Paretas y Porcell, heredero de Don Juan Paretas y Güell, de la demanda de D. Narciso Carreras y Carlés, hoy su heredero D. Narciso Carreras y Ventura, á quien se impuso silencio y callamiento perpetuos, y las costas; cuya sentencia fué confirmada, en 24 de Febrero de 1898, por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, que además impuso las costas de la alzada á Don Narciso Carreras:

Resultando que D. Narciso Carreras y Ventura ha interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, alegando al efecto haberse infringido:

Primero. Las sentencias de este Tribunal Supremo de 1.º de Febrero de 1861, 16 de Enero del 63, 20 de Febrero del 71 y otras, en las cuales se declara que cuando el testador, después de varios llamamientos en personas de su familia para el caso de que siendo herederos suyos fallezcan sin hijos, concluye disponiendo que en defecto de todos ellos *suceda el que por derecho le corresponda, se entiendan llamados los parientes más próximos del testador que hubiere al morir el heredero instituído, con preferencia á cualquier otro;* por cuanto es evidente que en el caso de autos los bienes debían pasar á D. Narciso Carreras, no solamente por ser el único hermano que quedaba del difunto y haber muerto todos los demás parientes, con más los sustituídos anteriores, sino también por ser cesionario de D. Ramón Carreras, único hermano germano del difunto, no pudiendo pasar la herencia en manera alguna á la madre de D. Francisco, Doña Manuela Güell, por las leyes del intestado:

Segundo. Las leyes y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, relativas á la excepción de cosa juzgada, especialmente el art. 254 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, por la que se ha regido el litigio en primera instancia, á tenor de lo prevenido en el art. 3.º del Real decreto de 3 de Febrero de 1881, preceptuando dicho art. 254 que *en la contestación á la demanda deberá hacer uso el demandado de las excepciones perentorias* que tuviese y de las dilatorias no propuestas en el término señalado por el 239, toda vez que el demandado en el pleito actual, *no opuso en la contestación á la demanda la excepción* de cosa juzgada, y si la invocó en la dúplica, fué porque el demandante en la réplica hizo notar su falta; habiéndose infringido asimismo la doctrina de este Tribunal Supremo que confirma la anteriormente expuesta, pues la sentencia de 21 de Mayo de 1859 declara que sólo pueden alegarse *las excepciones útilmente al contestar á la demanda;* las de 12 de

Mayo de 1860, 20 de Diciembre del 65 y 12 de Abril del 66 establecen que las excepciones no puestas *oportunamente* no pueden servir de fundamento al recurso de casación; las de 30 de Junio del 64, 11 de Marzo, 18 y 22 de Septiembre del 65 y 3 también de Marzo del 66, consignan que no pueden estimarse más excepciones que *las propuestas en tiempo;* la de 29 de Diciembre del 68 determina que *no son atendibles las excepciones que no se alegaron en tiempo oportuno;* la de 30 de Noviembre del 69 establece que *no pueden admitirse excepciones que se invocaran fuera del tiempo señalado por la ley,* y la de 5 de Diciembre del 70 se propuso concordar la obligación del citado art. 254 con la facultad otorgada por el 256 de la misma ley, permitiendo modificar los puntos de hecho y de derecho en réplica y dúplica, expresando que, con arreglo al art. 224 y á los 254 y 256, el demandante debe fijar con precisión en su demanda lo que pida, exponiendo sucintamente los hechos y fundamentos de derecho, y el demandado *debe en su contestación hacer uso de las excepciones perentorias que tuviere,* siendo obligación de ambos fijar en sus escritos de réplica y dúplica los puntos de hecho y de derecho objeto del debate; y

Tercero. Las leyes del tít. 2.° del libro 44 del Digesto, *De exceptione rei judicate*, y las sentencias de este Tribuual Supremo que las confirman de 15 de Junio de 1885, 25 de Noviembre del 86, 8 de Junio del 87, 3 de Julio del 88, 18 de Mayo y 28 de Junio del 92, 4 de Enero y 5 de Julio del 93 y otras varias, según las que, para poder estimarse la excepción de cosa juzgada, se requiere que en el pleito que después se promueva exista *identidad de personas, cosas y acciones;* puesto que en el de que se trata no la hay de acciones, porque en el primero la demandante Doña Manuela Güell ejercitó la de abintestato, y en el presenteutilizó D. Narciso Carreras la de ex testamento, completamente opuesta á aquélla, y si pues en dichas disposiciones se exige identidad de acciones, no de excepciones, un demandante no puede ejercitar la misma acción en otro pleito si pierde el primero; no existiendo tampoco identidad de cosas, porque en la sentencia del primer litigio no se condena más que á la entrega á Doña Manuela Güell de los bienes que dejó su hijo D. Francisco Carreras, sin hacerse declaración alguna de la propiedad de los mismos, habiéndolos entre ellos de libre disposición del D. Francisco, como los que formaban, cuando menos, sus cuartas legítima y trebeliánica, y los que él pudiera haber comprado y gravado de restitución, ó sea la herencia procedente de su padre D. Juan Carreras; y como en el pleito anterior Doña Manuela Güell, en calidad de heredera abintestato de su hijo Don Francisco, pidió todos los bienes que había poseído éste, y en el pleito actual el recurrente no reclama más que los que poseyó como heredero gravado de restitución, procedentes de su padre D. Juan, y no los que correspondían libremente á aquél, aparece que no hay tal identidad de cosas.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que en el pleito actual, seguido por demanda de Narciso Carreras contra Manuela Güell, existe la identidad de personas, cosas y acciones con relación al terminado por sentencia firme, en que la última fué demandante y aquél demandado, pues ha sido objeto en ambos la misma herencia con relación al testamento en que ahora funda su derecho el demandante, en las mismas acciones se han fundado sus respectivas defensas y han sido las mismas personas, ó sea sus causahabientes, las que en los dos han intervenido, por lo que es indudable que concurre la excepción de cosa juzgada, oportunamente alegada por el demandado y debidamente aplicada en la sentencia recu-

rrida, sin que se hayan cometido las infracciones invocadas en los motivos segundo y tercero del recurso:

Considerando que, esto sentado, no hay necesidad de ocuparse del motivo primero, que se refiere al mejor derecho de uno ú otro á dicha herencia, ya discutido, resuelto y consentido por el recurrente, según se dice en el anterior considerando;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Narciso Carreras y Ventura, al que condenamos al pago, si viniese á mejor fortuna, de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, á la que se dará la aplicación prevenida por la ley; no hacemos imposición de costas por no haber comparecido en este Tribunal Supremo la parte recurrida; líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Barcelona, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa..=Francisco Toda.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.= Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 28 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 118.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Marzo, pub. el 13 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Convenio de acreedores.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. José Mayol contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Puerto Rico, en pleito con el Banco Español de dicha isla.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que es improcedente la cita de los arts. 1254, 1255 y 1278 del Código civil, cuando no se litiga sobre la nulidad ó validez de un contrato común y ordinario de aquellos á que se refiere el mencionado Código, sino de uno especial que se rige por la legislación mercantil y requiere la estricta observancia de las formalidades en ella establecidas:

Que no son de estimar en casación las infracciones legales que se invoquen haciendo supuesto de la cuestión:

Que en los expedientes de suspensión de pagos es necesario cumplir las disposiciones comprendidas en la Sección 1.ª, tít. 12, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil:

Que el hecho de existir considerable diferencia entre el importe del activo y pasivo del primer balancé del deudor y el leído en la junta de acreedores; el de que deudas incluídas en el primero aparezcan en el último convertidas en créditos por cuenta corriente; el de que no conste que todos los acreedores fuesen citados, y el de que á algunos se les niegue indebidamente aquel derecho, constituyen defectos en las formas prescritas para la convocación, celebración y

discusión de la junta, y son, con arreglo á la ley, causa justificada de oposición al convenio:

Que la sentencia que fundándose en los hechos referidos y además en que no se presentaron, como era de necesidad absoluta, las relaciones nominales exactas y detalladas de todos los acreedores y de todos los bienes, estima la impugnación de un convenio de aquéllos, no infringe los arts. 870, 871, 872, 873, 901 y 903, núms. 1.º y 2.º del Código de Comercio, 1218 del Código civil, y 595 y 1137, regla 8.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil de Puerto Rico.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Marzo de 1899, en el incidente promovido por el Banco Español de Puerto Rico y la Sociedad J. Mayol y Compañía, de Marsella, sobre impugnación al convenio de acreedores en los autos de suspensión de pagos de la Sociedad mercantil José Mayol y Compañía, de la plaza comercial de Ponce (Puerto Rico), cuyo incidente se ha seguido en el Juzgado de primera instancia de la expresada ciudad de Ponce y en la Sala de lo civil de la Audiencia de San Juan de Puerto Rico, pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Mayol y Castañer, como Gerente de la extinguida Sociedad José Mayol y Compañía, de Ponce, representada y defendida por el Procurador D. Felipe Górriz y León y el Doctor D. Francisco Lastres; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la otra parte:

Resultando que en 10 de Septiembre de 1894, el Procurador D. José María Goicoechea, en representación de la Sociedad mercantil de la plaza comercial de Ponce (Puerto Rico) J. Mayol y Compañia, acudió al Juzgado de aquella ciudad, con la pretensión de que se declarase en suspensión de pagos á la Sociedad mencionada, en virtud y á tenor de lo establecido en los arts. 870 y 871 del Código de Comercio, y alegó: que si bien sus representados contaban con bienes suficientes para cubrir el numerario á que ascendían sus créditos en contra, se veían, á su pesar, en el caso de suspender sus pagos, con el fin de obtener de sus acreedores una tregua que les permitiese proporcionarse el metálico necesario para saldar sus deudas; y decretada la suspensión por auto de 12 de aquel mes, con fecha 25 del mismo presentó dicha Sociedad mercantil un balance de existencias, deudas y créditos practicado con fecha 10, el cual arrojaba un activo de 530.022 pesos 6 centavos y un pasivo de 531.357 pesos 76 centavos, con notas al pie, en las que se expresaba: que las cuentas de Llaguno y Compañía, de Madrid; J. M. Ceballos y Compañía, de Nueva York, y J. Mayol y Compañía, de Marsella, estaban sujetas á modificaciones pendientes de giros expedidos á su cargo y no aceptados; que iguales alteraciones sufrirían las de Amado Carreras y Romualdo Bosch y Alsina, de Barcelona; Fabián y Méndez, de Nueva York; J. Mayol y Compañía, de Marsella, y Manuel Freire, de Cádiz, al liquidar las remesas de azúcar y café; encontrándose en dicho balance como pasivo la cuenta de capitales de los socios, que ascendían á 62.037 pesos 73 centavos, y en el activo «vales á cobrar», en poder del Banco Español de Puerto Rico, por 114.879 pesos 2 centavos; entregados á Mayol Hermanos y Compañía, 33.177 pesos 35 centavos; «intereses y descuentos», 44.396 pesos 23 centavos; «ganancias y pérdidas», 24.460 pesos 59 centavos; «cambios», 19.380 pesos; «cuentas de azúcar, café, tabaco y papas», por valor respectivo de 12.404 pesos 57 centavos, 75.386 pesos 22 centavos, 957 pesos 31 centavos y 2.246 pesos 4 centavos; y se acompañó á dicho balance una relación, en la que, como en aquél, figuraban 56 acreedores, y una Memoria, en la que se expo-

nían las causas de la suspensión de pagos y la proposición de convenio, y en la que se ofrecía pagar el 60 por 100 del total importe de los créditos en seis años, dándose el primero de tregua, y en caso de no aceptarse esa proposición, ofrecían pagar el 75 por 100 en diez años, los dos primeros de tregua:

Resultando que señalado el día 22 de Febrero de 1895 en la Sala del Juzgado para la celebración de la junta de acreedores, se expidieron los oportunos exhortos, de los que se entregaron al Procurador de Mayol y Compañía los por él pedidos, remitiéndose por correo al Presidente de la Audiencia de Puerto Rico los del extranjero para darles curso; se entregó á cada uno de los acreedores de dentro de la isla la correspondiente cédula y copia de las proposiciones de convenio formuladas, y se publicaron edictos en la *Gaceta* oficial de la provincia y periódicos locales:

Resultando que al acto de la celebración de la junta, que tuvo efecto el día indicado, concurrieron 52 acreedores, estando sólo unidas á los autos las citaciones de los acreedores residentes en Ponce, no compareciendo Blancart y Compañía, de París, por no aparecer citados, pues que no aparecieron los exhortos que fueron librados, ni Jaime Obier; y si bien el exhorto dirigido á Nueva York, según comunicación del Cónsul español, estaba diligenciado, no lo remitió por faltar 72 pesos 50 centavos, importe de los gastos, ignorándose, por tanto, si estaban citados Bahacín y Malhacine, compareciendo el *Credit Lyonnais*, á pesar de no aparecer citado, y no habiendo comparecido en cambio aún, siendo citados, Emanueli Riera y Compañía, Olivas y Compañía, Luis M. Cintrón, Joaquín Baco, Celestino Lawoza y Guillermo Hanar, acreedores por cantidades pequeñas, y Francisco Cepeda por 120 pesos; presentaron los concurrentes que representaban 55 acreedores los títulos de sus créditos, y los poderes y escrituras sociales, á excepción de D. Manuel Zeno, que dijo ser Gerente de Zeno y Rivas, sin acreditarlo; D. Luis Pérez Valdivieso, por Valdivieso Hermanos, que no justificó que representase la hacienda Dolores, que figuraba como acreedor; D. Romualdo Bosch y Alsina, que no presentó el título de su crédito; Kalil Haar, que no presentó poder, y los representantes de Miguel Sallud y M. G. del Corral, que presentaron poder sin cláusula.

Resultando que en el acto de celebración de la junta se dió cuenta de que los deudores, con fecha 12 de aquel mes, habían presentado, invocando los arts. 898 y 872 del Código mercantil, nuevo balance, con modificación en la proposición de convenio, ofreciendo pagar íntegro á sus acreedores en catorce años, de los que cuatro habían de ser de tregua, el importe de sus créditos sin intereses, y en cuyo nuevo balance aparecía un activo de 130.875 pesos 95 centavos y un pasivo de 355.059 pesos, manifestando que lo presentaban con el fin de que aparecieran todas las operaciones que á excepción de la de pagar habían verificado desde la fecha en que se presentaron en suspensión de pagos:

Resultando que según el acta levantada de la celebración de la junta de acreedores, como representaran los concurrentes más de los tres quintos del total pasivo, se declaró constituída aquélla, teniéndose por parte á los presentes, y en tal estado, la representación de los deudores pidió se viese si el poder presentado por el representante de la casa J. Mayol y Compañía, de Marsella, se hallaba bastanteado en forma, por observarse que la hoja de bastanteo estaba en blanco con la firma del Letrado, y previo el informe verbal del actuario en sentido negativo, al que hizo oposición el representante del Banco Español de Puerto Rico, determinó el Juez rechazarle en conformidad con la solicitud de la casa

deudora, de lo que protestó la representación de J. Mayol y Compañía, de Marsella, reservándose sus derechos para hacerlos valer en forma, á cuya protesta se unió el Banco Español de Puerto Rico; é inmediatamente por orden del Juez, el actuario dió lectura de los artículos correspondientes del Código de Comercio referentes al objeto de la convocatoria y á la relación de deudas, y puesta á discusión la proposición de convenio últimamente presentada en aquel acto, se declararon en pro de ella 49 votos, que representaban 52 acreedores y un total de 266.951 pesos 5 centavos del pasivo, declarándola el Juzgado admitida por cantidad superior á las tres quintas partes del total pasivo:

Resultando que la Sociedad José Mayol y Compañía, de Marsella, en escrito de 2 de Marzo siguiente, impugnó el convenio y expuso: que para comprobar su crédito se examinasen los autos y se encontrarían sus cuentas, que arrojaban un total de 318.386 francos 26 céntimos, de los que rebajando la garantía de Castañer Hermanos, que ascendía á 125.000 francos, quedaban 193.386 con 26 céntimos, estando en dichas cuentas abonados 33.177 pesos 35 centavos, importe de valores dados en garantía á Mayol Hermanos y Compañía; que calculados los francos al cambio de 78 por 100, resultaba á su favor un crédito de 68.845 pesos 89 centavos; que no se les debió rechazar de la junta por defecto en el bastanteo del poder, pues aunque se presentó en blanco, iba autorizado por un Letrado, y por tanto no podía servir para otros actos, ni se perjudicaba al Colegio de Abogados; que entre las causas por que podía impugnarse el acuerdo de la junta, figuraba la de defectos en las formas prescritas para la convocatoria, celebración y deliberación de la misma, porque no estaba justificado que se hubiera citado á todos los acreedores, se faltó al art. 901 del Código mercantil, en concordancia con el inciso 4.° del art. 1137 de la ley de Enjuiciamiento civil; no habiéndose dado á los acreedores las explicaciones necesarias sobre los antecedentes indispensables para juzgar las proposiciones formuladas, no se dió lectura á los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil ni á la proposición primera y relación de bienes, ni al art. 901 del Código de Comercio, concordante con el 1003 del antiguo; se había acordado el beneficio de la suspensión de pagos á deudores que no se encontraban en la condición de solvencia á breve plazo, pues presentaban un pasivo de 355.059 pesos, y un activo de 130.875 con 95 centavos, no explicándose con ese déficit la primera afirmación de los deudores de que contaban con bienes suficientes para cubrir sus deudas; que el balance de 10 de Septiembre arrojaba un activo de 530.022 pesos 6 centavos, sin que pudieran explicarse la diferencia con el del que figuraba en el balance de 12 de Febrero, como no fuera que se quisiera justificar que los deudores estaban dentro del art. 870 del Código de Comercio, concordante con el 1003 del Código antiguo; que para que el primer activo figurase tan alto se hizo figurar en él cuentas que representaban pérdidas positivas, como eran las de S. Manfield y Compañía, intereses, descuentos, ganancias y pérdidas, cambios, expediciones, tabaco, papas, café y azúcar, que ascendía en conjunto á 270.620 pesos 43 centavos; que los deudores en la junta no obtuvieron la mayoría de cantidad, ó sean los tres quintos del pasivo, pues si bien reconocían á los impugnadores como crédito 57.187 pesos 29 centavos, éste ascendía á 78.845 con 89 centavos, á cuya cantidad había que agregar los 125.000 francos de la fianza de Castañer Hermanos, que eran en pesos, al cambio de 78 por 100, 44.500, con más los 33.177 pesos 35 centavos de vales que tenían garantía, lo que sumaba en total 146.523 pesos 24 centavos, por lo que era evidente que en su crédito se habían omitido 89.335 pesos 95 centavos, que agregado al pasivo que servía de

guía á los deudores para sus cálculos, daba por resultado un pasivo definitivo de 444.388 pesos 54 centavos, de cuya cantidad eran las tres quintas partes 266.633 pesos 10 centavos; que los deudores obtuvieron votos favorables en la junta por 266.951 pesos 5 centavos; pero como de su total pasivo había que rebajar, por no haber debido estar en la junta por falta de cláusula en los poderes Tarrats Reverter y Compañía, Don Agustín Pietri, Amorós y Alsina, Manuel del Corral, D. Miguel Sallul, Kalil-Kaar, D. Romualdo Bosc y Castañer Hermanos, cuyos créditos ascendían en total á 46.967 pesos 53 centavos, quedaban reducidos los votos favorables á 219.983 con 52 centavos; y que tales votos debían descartarse, porque el art. 1135 de la ley de Enjuiciamiento civil exige que los apoderados en tales casos tengan poderes especiales; por todo lo cual pedían se anulase el convenio, con expresa condena de costas:

Resultando que formulada también oposición al convenio por el Banco Español de Puerto Rico, J. Mayol y Compañía, de Ponce, contestaron á ambas impugnaciones al convenio, y expusieron: que no existían defectos en la convocación, deliberación y celebración de la junta, porque se concedió á los acreedores un término prudencial, entregándoseles las cédulas impresas y la copia de la proposición de convenio á cada acreedor, citándoseles con todos los requisitos legales; que en la celebración de la junta se cumplió con los artículos de la sección cuarta, tít. 1.°, libro 4.° del Código de Comercio, dándose lectura á los artículos de dicho Código, referentes al objeto de la convocatoria, solicitud de la casa suspensa y relación de deudas; que se abrió la discusión sobre la última proposición de convenio que se admitió por el Juez con el balance, sin discutirse la primera, porque pudo modificarse; que el Juez accedió á la petición del deudor de desechar el poder de J. Mayol y Compañía, de Marsella, por considerarlo insuficiente, pues no facultaba para conceder quitas y esperas; que la cuenta corriente presentada por éstos contenía partidas que no habían aceptado ni podían aceptar los deudores, unas por inexactas y otras que no debían figurar por ser de vales dados en depósitos al acreedor para garantir letras que no aceptó, por lo que dichos vales se le reclamaban en litigio que á la sazón se seguía; que no era falta el que hubiesen tomado parte en la junta D. Luis Pérez Valdivieso, D. Joaquín Bagos, por Miguel Salull, Kalil-Haar y D. Manuel Zeno, por Zeno y Rivas; pero que si debían restarse los votos, rebajados del pasivo 9.108 pesos 78 centavos, que representaban sus crédttos, resultaba todavía exceso en la mayoría; que para obtener mayoría no se concertaron con ninguno de sus acreedores, y menos con Castañer Hermanos, que aceptó el convenio con independencia y conocimiento de lo que hacía, y si los representó el mismo Procurador Goicoechea, que lo era de la casa suspensa, fué porque no teniendo Castañer en Ponce la escritura social, se vió precisado á que dicho Procurador, que lo era de Castañer Hermanos, le representara para hacer valer su derecho, pero que aun anulando ese voto había mayoría; y que no existían inexactitudes maliciosas en el último balance presentado, porque se hizo para que apareciesen las operaciones que, á excepción de la de pagar, habían verificado desde la fecha de la solicitud de suspensión de pagos, en uso de su derecho, y por eso las diferencias de activos y pasivos no habían obedecido á fraudulencias, ni obstaban para obtener la declaración de suspensión de pagos, porque ese estado comprendía en primer lugar á los que poseen bienes suficientes para cubrir sus deudas y prevean la imposibilidad de solventarlas á sus vencimientos; y segundo, á los que careciesen de recursos para satisfacerlas en toda su integridad; y pidieron en definitiva se declarase la

falta de derecho para impugnar el convenio, y si á ello no procediese, no haber lugar á su impugnación:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicó documental, testifical, de posiciones y reconocimiento de libros de comercio; y sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de San Juan de Puerto Rico, en 15 de Diciembre de 1896, dictó sentencia revocatoria del inferior, que había declarado sin lugar la impugnación formulada por J. Mayol y Compañía, de Marsella, y el Banco Español de Puerto Rico, al convenio celebrado por José Mayol y Compañía, de Ponce, con sus acreedores, en la junta general verificada el día 22 de Febrero de 1895, y aprobó en todas sus partes dicho convenio, declarándolo obligatorio para la casa mercantil suspensa y para todos los acreedores cuyos créditos databan de época anterior á la declaración de suspensión de pagos y que hubiesen sido citados en forma legal, sin expresa condena de costas; y en su lugar, declaró sin efecto ni valor alguno el citado convenio aprobado, dejando á los interesados en libertad para hacer uso de los derechos que pudieran corresponderles, con imposición de las costas de primera instancia á José Mayol y Compañía, de Ponce, excepto las causadas por el Banco, á su instancia, según lo convenido al desistir de la apelación por él interpuesta, declarándose inútiles ó superfluos los diversos escritos presentados por la representación de José Mayol y Compañía, de Ponce, acompañando los exhortos á ellos unidos, con pérdida del papel, derechos y las costas causadas por esos escritos, sin hacer expresa condena de costas de la segunda instancia:

Resultando que D. José Mayol y Castañer, como Gerente de la extinguida Sociedad José Mayol y Compañía, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

Primero. Los arts. 1254, 1255 y 1278 del Código civil, en relación con los 50, 51 y 57 del Código mercantil; pues la sentencia recurrida niega eficacia y deja sin efecto el contrato de espera celebrado entre el comerciante suspenso José Mayol y Compañía, de Ponce (Puerto Rico), y sus acreedores, convenio formalizado con intervención judicial, según consta en el acta de la junta celebrada en 22 de Febrero de 1895, y á pesar de que en dicho acto se cumplieron todas las formalidades exigidas por las leyes para la eficacia del acuerdo que adoptaron los acreedores del suspenso:

Segundo. Los arts. 872 y 901 del Código de Comercio; pues la sentencia niega eficacia al convenio de 22 de Febrero de 1895, á pesar de que la proposición de D. José Mayol y Compañía fué presentada en tiempo y forma legal y la aprobaron acreedores que componían la mitad más uno de los concurrentes, cuyo interés en el expediente cubría con exceso los tres quintos del pasivo total del deudor:

Tercero. El art. 1218 del Código civil, en relación con el párrafo 7.º del art. 595, y regla 8.ª del art. 1137 de la ley de Enjuiciamiento civil de Puerto Rico, por error de hecho y de derecho al no reconocer la eficacia del acuerdo que consta en el acta de la sesión de 22 de Febrero de 1895; toda vez que el pasivo total del suspenso, prescindiendo de centavos, era de 355.052 pesos, y 56 el número de sus acreedores, asistieron á la junta personalmente ó representados 52 acreedores, cuyos créditos importaban 347.687; aprobaron la proposición 49 acreedores, que lo eran por 266.951 pesos, importando los tres quintos del pasivo 230.031 pesos, cuya suma es inferior al del capital que representaban los acreedores que aprobaron el convenio:

Cuarto. El art. 903 del Código de Comercio, por dejar la sentencia

recurrida sin efecto el convenio de 1895, á pesar de reconocer que no hubo inteligencias, inexactitudes ni exageraciones fraudulentas, y suponer que hubo defectos en la convocatoria, celebración y deliberación de la junta, para lo que invoca el art. 1137 de la ley de Enjuiciamiento civil, que por indebida aplicación resulta infringido, pues el texto de la ley procesal es supletorio, según sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1895, no pudiendo invocarse los preceptos de aquélla en contra de lo mandado en el art. 901 del Código mercantil, que no exige la lectura de los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, por ser innecesarios tratándose de la suspensión de pagos de un comerciante, y aun en el supuesto de que alguno de los acreedores no hubiesen sido citados en forma, ese defecto quedó subsanado desde el momento que acudieron á la junta y dieron su voto:

Quinto. Los arts. 870 al 873 del Código de Comercio, que al aceptar el estado transitorio que constituye la suspensión de pagos, no prohiben que el comerciante continúe sus operaciones, y por lo tanto, éstas tienen que sufrir modificaciones que necesariamente se reflejan en el activo y pasivo que el deudor hubiese presentado con su proposición, porque la sentencia recurrida, sin tener en cuenta las consecuencias del principio jurídico enunciado, niega eficacia al citado convenio de 22 de Febrero de 1895, entre otras causas ya examinadas, porque el deudor presentó á sus acreedores el día de la junta un balance distinto del de 10 de Septiembre de 1894, que no podía permanecer inalterable, como con error pretende el fallo recurrido; y

Sexto. Las causas 1.ª y 2.ª del art. 903 del Código de Comercio, pues además de los errores de hecho y de derecho ya enunciados, desaprueba el convenio al estimar defectos de forma, porque lo votaron acreedores que según el fallo no debieron concurrir, y se excluyó el crédito de J. Mayol y Compañía, de Marsella, olvidándose de que aun prescindiendo de los créditos admitidos y del rechazado, siempre habría en favor del acuerdo el número de votos y capital que exige el art. 901 del Código de Comercio.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que es improcedente el motivo primero, ya porque no se litiga sobre la nulidad ó validez de un contrato común y ordinario de aquellos á que se refiere el Código civil, sino de uno especial que se rige por la legislación mercantil, y que requiere la estricta observancia de las formalidades en ella establecidas, ya porque para alegar como infringidos los preceptos que se invocan del mencionado Código se hace de la cuestión supuesto, dando por indudable la eficacia del convenio celebrado entre la Sociedad recurrente y sus acreedores, en contra de lo que por modo preciso y terminante consigna y resuelve la sentencia acerca de este capital extremo:

Considerando que además de tener en cuenta la doctrina legal relativa al procedimiento que debe seguirse en los expedientes de suspensión de pagos, y á la necesidad de que en los mismos se cumplan las disposiciones comprendidas en la sección 1.ª, tít. 12, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, la Sala sentenciadora, al declarar sin valor ni efecto el convenio y en libertad á los interesadss para ejercitar sus derechos, se funda principalmente en que las relaciones de acreedores y de bienes no se ajustan en sus condiciones á lo que ordena el art. 1130 de dicha ley, como lo patentizan las muy considerables diferencias en el importe del activo y pasivo que resultan del primer balance presentado por José Mayol y Compañía, y del nuevo balance que se leyó en la junta; en que deudas incluídas en el primero aparecen en el último convertidas en cré-

ditos por cuenta corriente; en que no consta que todos los acreedores fuesen citados; en que á otros, entre ellos J. Mayol y Compañía, de Marsella, se les negó indebidamente aquel derecho; y en que tales hechos, afirmados en la sentencia y no impugnados en el recurso, constituyen defectos en las formas prescritas para la convocación, celebración y discusión de la junta, y son, con arreglo á la ley, causa justificada de oposición al convenio; y

Considerando que, por consecuencia de lo expuesto, no son de estimar las infracciones de los números 1.° y 2.° del art. 903 del Código de Comercio y del 1137 de la ley procesal, mencionados en los motivos cuarto y sexto, sin que infrinja tampoco las disposiciones citadas en el segundo, tercero y quinto, puesto que, reconociendo la facultad de modificar la proposición que se hubiese formulado, la no existencia de confabulaciones en este caso y el resultado de la votación recaída en la junta se apoya, según queda manifestado, en que no se presentaron oportunamente, como era de necesidad absoluta, las relaciones nominales exactas y detalladas de todos los acreedores y de todos los bienes y en las demás faltas graves de que adolece el procedimiento y de que antes se ha hecho mérito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto D. José Mayol y Castañer, como Gerente de la extinguida Sociedad José Mayol y Compañía, sin hacer especial imposición de costas, por haber comparecido solo en este Tribunal Supremo; y líbrese la correspondiente certificación, pasándose, acompañada del apuntamiento, con la comunicación oportuna, al Sr. Presidente de este Tribunal á los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* de esta corte é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Diego Montero de Espinosa.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 28 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 119.—TRIBUNAL SUPREMO.—28 de Marzo, pub. el 25 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Deserción de apelación.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por Doña María de las Mercedes Baylleres contra el auto dictado por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, en pleito con D. Pablo Benjumea.

En su CONSIDERANDO único se establece:

Que habiendo comparecido ante la Audiencia el Procurador del apelante en el día en que espiraba el término del emplazamiento, y estando extendido el escrito en papel de oficio, á pesar de haber litigado el interesado en concepto de rico, sin solicitar la defensa gratuita por haber venido al estado de pobreza, ni manifestar que aquél le hubiese representado en la primera instancia, es evidente que la comparecencia no se verificó en forma, y que, por lo tanto, el auto

que declara desierta la apelación, se ajusta á lo prescrito en los artículos. 3.º y 840 de la ley procesal.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Marzo de 1899, en los autos de tercería de dominio seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de Sevilla y la Sala de lo civil de su Audiencia territorial por D. Pablo Benjumea y Pérez Seoane contra Doña Mercedes Baylleres y Lerdo de Tejada y su esposo D. Ricardo Baylleres del Villar, hoy incidente sobre deserción de recurso de apelación, pendiente ante Nos, en virtud del de casación que ha interpuesto la Doña Mercedes Baylleres, representada por el Procurador D. Luis Soto y defendida por los Licenciados D. Carlos Díaz Valero y D. Pablo Díez Cuatrecasas, éste en el acto de la vista, estándolo D. Pablo Benjumea por el Procurador Don Luis García Ortega y el Letrado D. Antonio Maura:

Resultando que en autos sobre alimentos provisionales, Doña Mercedes Baylleres y Lerdo de Tejada embargó á su marido D. Ricardo Baylleres del Villar un crédito de 8.117 pesetas 95 céntimos que le tenía reconocido la Compañía de minas y fábrica de hierros del Pedroso:

Resultando que posteriormente D. Pablo Benjumea promovió en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de Sevilla demanda de mayor cuantía contra los esposos Baylleres sobre tercería de dominio del crédito referido, y el Juzgado, en sentencia de 14 de Julio, dió lugar á la tercería propuesta, declarando, en su consecuencia, que el crédito en cuestión corresponde en absoluta propiedad al demandante Benjumea desde 20 de Abril de 1895, y condenando á Doña Mercedes Baylleres y su marido D. Ricardo á reconocerlo así:

Resultando que contra esta sentencia interpuso la Doña Mercedes recurso de apelación, que le fué admitido en ambos efectos, elevándose los autos originales á la Audiencia territorial de Sevilla, con citación y emplazamiento de las partes por término de veinte días, verificado el 28 de Julio, el cual cumplió en 22 de Agosto, en cuyo día se presentó por el Procurador D. Miguel Rodríguez Ojeda escrito, extendido en papel del sello de oficio, sin alegar pobreza y sin acompañar copia de poder, personándose á nombre de la apelante, que había litigado como rica en primera instancia, y cuatro días después, ó sea el 26, presentó el mismo Procurador Rodríguez Ojeda nuevo escrito, formulando demanda de pobreza, en representación de la Doña Mercedes:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Sevilla, por auto de 2 de Septiembre de 1898 declaró desiertó el mencionado recurso de apelación que la Doña Mercedes Baylleres y Lerdo de Tejada había interpuesto contra la sentencia del inferior de 14 de Julio anterior, la cual fué declarada *firme de derecho sin ulterior recurso*, exponiendo, al efecto, como fundamentos legales de esta resolución: que según dispone el art. 840 de la ley de Enjuiciamiento civil, todo apelante debe personarse en forma ante el Tribunal superior dentro del término del emplazamiento; que si bien el Procurador Rodríguez Ojeda, al personarse ante la Audiencia en nombre de la parte apelante lo verificó dentro del término del emplazamiento, no lo hizo en forma, porque habiendo litigado en concepto de rico en primera instancia, extendió su escrito en papel de oficio como si disfrutase de los beneficios de pobreza, no acompañando tampoco poder que acreditase su personalidad ni hacer siquiera la manifestación de que aquélla podía constar en los autos; y que el otro escrito en que el mismo Procurador formulaba demanda incidental de pobreza está presentado fuera de término:

Resultando que Doña Mercedes Baylleres interpuso recurso de sú-

plica contra este auto solicitando se supliese y enmendase, y que se la tuviese por personada en tiempo y forma, habiendo también por presentada la demanda incidental de pobreza, en apoyo de cuyas pretensiones alegó: que no podía entenderse en modo alguno que la forma á que se refiere el art. 840 de la ley de Enjuiciamiento civil sea el papel en que se extiende el escrito, porque lo accidental no puede destruir el fondo, anulando y haciendo ineficaz la realización de un derecho; que *la forma á que ese artículo se refiere* consiste en que ha de personarse el apelante por medio de Procurador, con poder declarado bastante por Letrado, conforme á lo prevenido en el art. 3.° de dicha ley de Enjuiciamiento; que esta es la opinión unánime de todos los comentaristas de la indicada ley, sin que ninguno de ellos establezca que el no uso del papel sea un defecto de forma de los que dan lugar á que se declare desierto el recurso; que esa falta puede subsanarse por la Sala, bien señalando un término para que dentro de él se presente la demanda de pobreza, ó mandando que se reintegre el papel; que con el escrito personándose no acompañó poder, porque constaba su personalidad en los autos, no teniendo obligación de referirse á él para que se contrajera testimonio en el rollo, porque la ley impone al Secretario de Sala el deber de examinar y reconocer el pleito, y como consecuencia, había de encontrar el poder que se dice no haber presentado y que existe en los autos:

Resultando que entregada la copia de este escrito á la representación del apelado, D. Pablo Benjumea se opuso á la solicitud deducida por la Doña Mercedes Baylleres; y la Sala, en auto de 19 del mismo mes de Septiembre, declaró no haber lugar á suplir ni enmendar el auto recurrido del día 2, mandando estar á lo en él acordado:

Resultando que Doña Mercedes Baylleres y Lerdo de Tejada ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como autorizado por los arts. 1686, núm. 1.° del 1689 y núm. 1.° del 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando las dos siguientes infracciones:

Primera. La de los arts. 3.°, 503 y 840 de dicha ley procesal y las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1880 y 19 de Febrero de 1890, en cuanto la Sala sentenciadora no consideró como personada en forma á la recurrente; y

Segunda. La del art. 840 de la misma ley de Enjuiciamiento, el 184 de la del Timbre y el 48 del reglamento de 30 de Septiembre de 1896 para su aplicación, de cuya infracción se deriva un error de derecho por equivocada interpretación de estos preceptos legales.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que habiendo comparecido ante la Audiencia el Procurador Rodríguez Ojeda, en nombre de la recurrente, el día en que espiraba el término del emplazamiento, y estando extendido el escrito en papel de oficio, á pesar de que la interesada había litigado en concepto de rica, sin solicitar la defensa gratuita por haber venido al estado de pobreza, sin manifestar tampoco que había sido representada por él en la primera instancia, y sin aludir siquiera al poder que, según se dice, obra en el pleito, es evidente que la comparecencia no se verificó en forma, y que, por lo tanto, el auto recurrido, al declarar desierta la apelación, se ajusta á lo prescrito en los arts. 3.° y 840 de la ley procesal, que se suponen infringidos en el recurso, y que resultarían vulnerados en el caso contrario;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto Doña María de las Mercedes Baylleres y Lerdo de Tejada, á quien condenamos al pago de las costas, y si se le hubiere negado ó negase, en el incidente de

su razón, la defensa en concepto de pobre, ó si, habiéndosele otorgado tal beneficio, viniese á mejor fortuna, al de la cantidad correspondiente que por razón de depósito ha debido constituir, á que se dará la aplicación prevenida en la ley; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la corresdiente certificación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa. =Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Diego Montero de Espinosa.= Francisco Toda.=Joaquín González de la Peña.=Pedro Lavín.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 28 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 120.—TRIBUNAL SUPREMO.—29 de Marzo, pub. el 11 de Abril.

Competencia.—*Pago de pesetas.*—Sentencia decidiendo en favor del Juzgado municipal de Aranjuez la competencia promovida con el de igual clase de Hellín, sobre conocimiento de la demanda interpuesta por D. Antonio Serrano contra D. Juan Antonio Guardiola.

En sus considerandos se establece:

Que el art. 1171 del Código civil, que está sustancialmente conforme en este punto con la regla 1.ª del art. 62 de la ley procesal, establece que el pago de las deudas se ejecutará preferentemente en el lugar que hubiese designado la obligación.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Marzo de 1899, en la competencia suscitada entre los Juzgados municipales de Aranjuez y Hellín que ante Nos pende, entablada por requerimiento de inhibición del segundo al primero en el conocimiento de una demanda en juicio verbal, formulada por D. Antonio Serrano y Montero, platero, vecino de Aranjuez, contra D. Juan Antonio Guardiola Piñero, industrial, vecino de dicha villa de Hellín, sobre pago de 116 pesetas 50 céntimos; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el D. Antonio Guardiola, representado y defendido por el Procurador D. Francisco Morales y el Licenciado D. Cirilo Guerrero; no habiéndolo verificado la otra parte:

Resultando que D. Antonio Serrano y Montero, vecino de Aranjuez, dedujo ante el Juzgado municipal de aquel Real Sitio, en 13 de Enero último, demanda en juicio verbal contra D. Juan Antonio Guardiola, vecino de Hellín, para hacer efectivas 116 pesetas 50 céntimos que le es en deber el demandado, procedente de préstamo sin interés, señalándose para el acto el día 3 de Febrero próximo pasado:

Resultando que citado en forma el demandado D. Juan Antonio Guardiola Piñero, éste, por medio de Procurador, acudió con escrito fecha 24 de Enero al Juzgado municipal de Hellín, haciendo constar no haber usado de la declinatoria, y solicitando requeriera de inhibición al Juzgado de Aranjuez, oficiándole para que se abstuviera de conocer en la demanda, cuyo conocimiento correspondía al de Hellín, por no haber renunciado el D. Juan Antonio Guardiola al fuero de su domicilio:

Resultando que el Fiscal municipal emitió su dictamen favorable al

requerimiento de inhibición, la cual estimó el Juzgado en auto de 30 de Enero, por considerar comprendido el caso en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, debiendo por ello sostener su competencia:

Resultando que librado el oportuno oficio inhibitorio, se dió vista al demandante D. Antonio Serrano y Montero, quien impugnó la inhibitoria, acompañando á su escrito una carta suscrita por el demandado Guardiola en que hace referencia á la deuda y á la remisión de su importe á Aranjuez, y otras dos, firmadas por D. Manuel Lafuente y Don Eugenio Romero, manifestándole hallarse dispuestos á declarar haber oído al mismo Guardiola que devolvería á Montero en Aranjuez el dinero prestado; é impugnada también la inhibición por el Fiscal municipal ante el Juzgado de Aranjuez, éste, en auto de Febrero último declaró no haber lugar á ella, fundando su competencia en que cuando se ejercitan acciones personales será Juez competente para conocer del juicio el del lugar en que deba cumplirse la obligacion, y sólo, á falta de éste, queda á elección del demandante el del domicilio del deudor ó el del lugar donde se verificó el contrato; y en que en el presente caso el lugar del cumplimiento de la obligación está clara y terminantemente definido, porque en el compromiso que contrajo el deudor va implícita y entendida la obligación de verificar el pago en Aranjuez, extremo que también ha corroborado el demandado por actos coetáneos y posteriores al contrato:

Resultando que puesta tal resolución en conocimiento del Juzgado requirente, éste, por su auto de 20 de Febrero, insistió en la inhibición, por entender que subsistían los mismos fundamentos que sirvieron para proponerla, y en su consecuencia, uno y otro Juzgado han remitido á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones, con emplazamiento de las partes, y se sustanció con arreglo á derecho, oyéndose al Ministerio fiscal.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que el art. 1171 del Código civil, que está sustancialmente conforme en este punto con la regla 1.ª del art. 62 de la ley procesal, establece que el pago de las deudas se ejecutará preferentemente en el lugar que hubiese designado la obligación; y

Considerando que si bien en el caso de que se trata, por no existir contrato escrito, no resulta demostrado en esta forma el lugar en que haya de cumplirse la obligación, las cartas de los testigos D. Manuel de Lafuente y D. Eugenio Romero, corroboradas en parte por la del deudor demandado, constituyen un elemento ó principio de prueba de que éste se comprometió á devolver la cantidad en Aranjuez, donde la recibió;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez municipal de Aranjuez, á quien se remitan todas las actuaciones para que proceda con arreglo á derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del de igual clase de Hellín.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* dentro de los diez días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón. José de Garnica.=Francisco Toda.=Ricardo Molina.

Publicación.=Leída y publicada fué la precedente sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Gullón, Magistrado de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 29 de Marzo de 1899.=Rogelio González Montes.

Núm. 121.—TRIBUNAL SUPREMO.—29 de Marzo, pub. el 14 de Abril.

Casación por infracción de ley.—*Reclamación del 40 por 100 de atrasos por láminas del Estado.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por la Comunidad de Presbíteros de Tárrega contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid, en pleito con D. Carlos Gómez.

En sus considerandos se establece:

Que son inaplicables los arts. 1711 y 1728 del Código civil, cuando se prueba que el mandato es retribuído:

Que en casación no son de estimar los errores de derecho basados en afirmaciones contrarias á las de la Sala sentenciadora.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta capital y la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Carlos Gómez Samper, propietario, de esta vecindad, contra la Comunidad de Presbíteros Beneficiados de la ciudad de Tárrega, que reside en dicha población, sobre reclamación del 40 por 100 de lo que cobre por atrasos de lo que la corresponda de las láminas que debe percibir del Estado; autos pendientes ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto la expresada Comunidad, representada por el Procurador D. Luis Montiel y Bonache y defendida en el acto de la vista por el Licenciado Don Antonio Rentero; estándolo el D. Carlos Gómez Samper por el Procurador D. Andrés de Goitia y Rodríguez y el Letrado D. Francisco Lastres:

Resultando que los Presbíteros Beneficiados de Tárrega poseían ciertas fincas y censos que fueron de la desamortización, y en cumplimiento del convenio celebrado por la Santa Sede y la instrucción de 25 de Junio de 1867, tenían derecho á que se les entregasen inscripciones intransferibles bastantes para producir la renta de que debían ser indemnizados; pero reconociendo las dificultades administrativas que para ello se ofrecían, y la necesidad de una gestión inteligente á fin de remover los obstáculos que generalmente se presentan en el despacho de los expedientes, sobre todo de aquellos á cuya terminación tiene que hacer el Estado desembolsos, creyeron conveniente, siguiendo el ejemplo de los particulares y de las instituciones que tenían derechos semejantes, encargar la dirección y agencia á una persona perita y activa:

Resultando que D. Magín Pons, Presidente de la prenombrada Comunidad, dirigió en 11 de Febrero de 1892 á D. Carlos Gómez Samper una carta, diciéndole que había acordado confiarle la gestión é impulso del expediente sobre permuta de bienes y cederle como retribución de su servicio el 40 por 100 de los atrasos que se satisficieran por el Gobierno en la misma proporción que tuviera lugar el cobro; otorgando el 24 de Julio de aquel año, el Presidente, el Capitán y el Llavero de la Comunidad, una escritura de poder á favor del D. Carlos Gómez Samper para la gestión del expediente ante todos los ramos de la Administración pública del Estado, retirar de la Dirección general las inscripciones que se emitieran, cobrar el metálico ó cualquier otro valor que se entregase en pago de intereses atrasados y entablar los recursos administrativos y judiciales que fueran necesarios; y en 8 de Enero de 1896, la expresada Comunidad otorgó nuevo poder, con facultades análogas en el mismo asunto, á favor de D. Eleuterio Perfecto Francisco Gómez Ruiz:

Resultando que D. Carlos Gómez Samper, con fecha 27 de Julio de 1896, presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que fué repartida al Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte, contra la Comunidad de Presbíteros de Tárrega, con la súplica de que se la declarase obligada á dar al demandante el 40 por 100 de lo que se cobrase por atrasos de lo que correspondiera á la misma de las láminas que debían percibir del Estado en conmutación de sus bienes; para lo que expuso lo anteriormente relacionado, y añadió: que para que constase la obligación contraída por la Comunidad, se convino en que el Presidente de la misma dirigiera una carta de compromiso, en que se expresaran las condiciones pactadas, y que aquélla otorgase á favor del demandante un poder con la cualidad de irrevocable, lo cual fué efectuado; haberse dedicado Gómez Samper, desde Febrero de 1892, fecha en que ocurrió lo ya expuesto, al despacho del expediente de la Comunidad, proporcionándose recomendaciones y relaciones, y aprovechando las que tenía con los Ministros y Directores, y con el mismo fin asistió á las oficinas, pasó notas aclaratorias y de defensa, influyó en la prensa periódica é hizo cuanto, á su leal saber y entender, debió practicarse en cumplimiento de la obligación contraída, según justificaban los documentos que acompañaba, siendo consecuencia de ello que, á pesar de las dificultades que la Administración pública oponía, diera dictamen favorable la Dirección de lo Contencioso, y que finalmente la Intervención general reconociera el derecho de los reclamantes, con lo que quedó preparada la terminación del expediente, pues sólo faltaba la Real orden que ordenase el pago; haberse enterado entonces D. Francisco Gómez Ruiz de la situación del asunto, y haciendo entender á la Comunidad que él, como persona influyente, obtendría su pronta y favorable terminación, consiguió que aquélla señalara á su arbitrio un término caprichoso, dentro del cual debiera el demandante terminarlo; pero como Gómez Samper contestó diciendo que no dependía de él hacerlo así, determinó la demandada retirarle el poder y conferir uno nuevo á Don Francisco Gómez Ruiz, á quien en vez del 40 ofrecido á Samper antes de principiar el expediente, se pactó y le prometieron el 60 por 100, cuando ya el asunto tocaba á su término; estipulándose también que debía responder con dicha participación de todas las reclamaciones é indemnizaciones que D. Carlos Gómez Samper y D. Pedro Pérez pudieran hacer ó exigir á la Comunidad por las gestiones que habían practicado; haber tratado el demandante de convencer á los Presbíteros de Tárrega de que cometían una injusticia al intentar modificar las condiciones y pactos de lo contratado con él, prescindiendo de si podían ó no revocar un poder conferido con el carácter de irrevocable, mediando con el mismo objeto el Obispo de Solsona, sin que pudieran conseguir más que dilatar algún tiempo la consumación del mal paso en que se habían metido, y sin que ni siquiera viese el Prelado seguido sus consejos, pues cuando indicaba que se asegurara un 20 por 100 para retribuir los trabajos hechos por Gómez Samper, vió que en el pacto hecho con Gómez Ruiz se añadían expresiones que hacían ineficaces las garantías que había recomendado; y haber acudido el demandante á la Dirección general de la Deuda, en vista del abuso cometido, con una exposición en que solicitaba no se admitiese otro poder que el que á su favor se había otorgado con el carácter de irrevocable, recayendo en ella resolución que se hallaba pendiente de alzada; invocó algunos fundamentos legales, y presentó con la demanda, entre otros documentos: la carta que en 11 de Febrero de 1892 le dirigió D. Magín Pons; el poder otorgado á su favor el 24 de Julio de aquel año; otra carta del Obispo de Solsona de 4

de Noviembre del 95, diciéndole á D. Carlos Gómez que había hablado con la Comunidad, y que se manifestaron propicios á seguir su consejo y cumplir todo cuanto les ordenase, desistiendo de revocarle los poderes; otra del mismo, fechada el 13 de Diciembre, manifestándole que mandaba á la Comunidad el B. L. M. del Ministro, esperando que suspenderían el pedirle la autorización, y que mientras tanto siguiera sus gestiones á fin de poder ultimar el asunto; otra más también del Obispo, del 26 de los propios mes y año, en la que expresaba que, como no cedían los de Tárrega, les mandaría antes del 31 la autorización que le pedían para nombrar otro agente, obligándoles á abonar á Samper el 20 por 100 por las gestiones que llevaba hechas, y que le tenían muy disgustado por su insistencia en retirarle los poderes; otra, de fecha 3 de Febrero, dirigida á Samper por el Obispo, diciéndole que era cierta la resolución de exigir al nuevo apoderado de la Comunidad el 20 por 100 como premio de las gestiones de Samper en el expediente; pero creía que sus derechos quedaban á salvo con ventaja, y que Gómez Ruiz estaba obligado á depositar el 20 por 100 para abonar las gestiones de los agentes anteriores; y por último, una nueva carta, de 3 de Mayo del citado año 96, dirigida por el mismo también á Samper, manifestándole se alegraba de que la Comunidad hubiera salvado sus derechos, como se alegraría salvar los de sus gestiones, y que le remitía copia de la cláusula referente al premio de Gómez Ruiz y á la obligación de éste con los anteriores agentes:

Resultando que la Comunidad de Presbíteros de Tárrega, sustanciado que fué un incidente de incompetencia de jurisdicción, contestó la demanda, con la súplica de que se le absolviera de ella, alegando al efecto, después de consignar también lo expuesto en los antecedentes: haber dirigido en 11 de Febrero de 1892 el entonces Presidente de la Comunidad, D. Magín Pons, al demandante la carta de que ya se hizo mérito, en la cual, además de lo relacionado, le indicaba que para fijar plazo dentro del que hubiera de dar término á sus gestiones, esperaría á que enterado del expediente pudiera obrar con conocimiento de causa, por más que le parecía larguísimo el de un año, ofreciéndole sin autorización de la Comunidad ni personalidad para ello, contrariando el capítulo 4.º de las Constituciones, según el que, ningún individuo podrá gastar de bienes libres ó sujetos á fundaciones cantidad que pase de 10 libras, sin el consentimiento de la mayor parte de la Comunidad; cederle como retribución de sus servicios el 40 por 100 de los atrasos que como resultado de dicho expediente y dejando siempre á salvo la integridad de la de los capitales que se reconocieran y pagaran por el Gobierno, en metálico ó en papel, otorgándose, en consecuencia, el poder de 24 de Julio en la forma prescrita por el cap. 5.º de dichas Constituciones, sin que en él, ni en carta de fecha posterior, se consignase nada respecto á la remuneración; no haber hecho Gómez Samper uso de dicho poder, pues no llegó á mostrarse parte en el expediente, limitándose á procurarse recomendaciones y gestionar extraoficialmente, pero con tan poco interés ó escasa eficacia ó fortuna, que no adelantó á pesar de los estímulos de los sucesivos Presidentes de la Comunidad; no ser de extrañar que aquélla el 1895 tratase de señalar un plazo para la terminación del asunto, puesto que en la carta de 11 de Febrero del 92 parecía largo al Presidente el transcurso de un año, por lo que se le fijó la fecha, á juicio de los demandados excesiva, de 30 de Noviembre del 95; pero como en dicho día se dictó una Real orden mandando practicar una nueva liquidación, que el Presidente juzgó perjudicial, sin que Samper se personase en el expediente, y llegado el mes de Enero sin

que se hubiera obtenido su resolución, se otorgó la nueva escritura de poder á favor de D. Eleuterio Perfecto Francisco Gómez Ruiz, con autorización del Obispo, que reconoció las razones de la Comunidad, expresándose en dicha escritura que el mandato sólo tendría valor hasta el 1.º de Abril entonces próximo, á no ser que antes de tal día se hubiera dictado la Real orden resolutoria del expediente de permutación, en cuyo caso se entendería subsistente el mandato; no haber reclamado la Comunidad á Gómez Samper los perjuicios que la había originado por su negligencia á pesar de que podía hacerlo, sino que, por el contrario, deseosa de evitar litigios, concedió al nuevo apoderado facultades para transigir las reclamaciones que hicieran los anteriores representantes de la Comunidad, exigiéndole depositara una cantidad á fin de responder de ellas; haberse practicado, merced á las gestiones de Gómez Ruiz, la liquidación ordenada por Real orden de 30 de Noviembre de 1895, dictándose otra el 28 de Marzo del 96, por la que se reconoció á la Comunidad el derecho á que se emitieran incripciones intransferibles en equivalencia de los bienes de que se incautó el Estado, entregándose desde luego las suficientes á producir la renta anual de 6.182 pesetas 50 céntimos, sin perjuicio de que se instruyeran diligencias para completar la conmutación de los demás bienes no incluídos en la liquidación; haber Gómez Samper, á quien el Obispo de Solsona había asegurado el pago de un 20 por 100 en remuneración de todos sus trabajos, gastos y perjuicios después de estar conforme con tal retribución, tratado de entorpecer el satisfactorio resultado obtenido por Gómez Ruiz, mediante la exposición que presentó en la Dirección de la Deuda, que dió origen á una Real orden de fecha 6 de Junio, que contradiciendo lo acordado en la de 28 de Marzo, vino á reducir el capital é intereses pertenecientes á la Comunidad, sujetándolos indebida é injustamente á las leyes de conversión de la deuda dictadas en los años 76 y 82, y obligando á dicha Comunidad á entablar una demanda contencioso-administrativa; haber olvidado el demandante que era el causante de los perjuicios que á la Comunidad se la habían irrogado, y que en la correspondencia que tuvo con el Obispo se conformó con un 20 por 100 de lo que por atrasos se llegara á percibir, y entender que ni la Comunidad, ni persona legalmente autorizada, habían contraído el compromiso que servía de base á la demanda; y aun en la hipótesis inadmisible de que así fuese, no estaría obligada á su cumplimiento, toda vez que Samper no prestó el servicio que se le encomendó, y menos podía admitirse la petición de aquel después de haberse comprometido á aceptar un 20 por 100 de los atrasos; é invocó como preceptos legales los artículos 1257, 1259, 1281, 1282, 1283, 1728, 1729, 1718, 1726, 1269, 1265, 1732, 1733 y 1124 del Código civil, acompañando algunos documentos:

Resultando que evacuando el traslado de réplica, Gómez Samper insistió en las alegaciones y súplica de la demanda, agregando: ignorar la existencia y texto de la Constitución de los Presbíteros de Tárrega; creer que D. Magín Pons ofreció el 40 por 100 de los atrasos de acuerdo con la Comunidad, pues así se desprendía de la carta en que lo hizo y de otra de 14 de Septiembre de 1895 que el entonces Presidente le dirigió, manifestándole que había dado cuenta á la Comunidad de lo que Samper había comunicado en otra anterior; deberse á las gestiones del demandante la resolución del expediente, en el que no se había personado por no considerarlo necesario; y no ser cierto que aceptara el 20 por 100 de los atrasos, pues si estuvo dispuesto, por consideración al Obispo, á reducir el premio estipulado, fué para el caso de que el asunto se terminase al momento, sin estrépito forense; pero aquellos preliminares que-

daron sin efecto y expedito su derecho para reclamar el pago íntegro de lo convenido, una vez que se le había puesto en el trance de incoar el presente pleito; citando los artículos 1091, 1254, 1258 y 1902 del Código civil, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1876, 27 de Diciembre del 85 y 8 de Noviembre del 95, y á su vez, la parte demandada negó los hechos alegados de contrario que no estuvieran conformes con los expuestos en el escrito de contestación, en los cuales, así como en la súplica en él consignada, insistió:

Resultando que practicada la prueba documental y de testigos que las partes propusieron, se siguió el pleito por los trámites de dos instancias, dictando la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte sentencia, con fecha 23 de Junio del próximo pasado año de 1898, por la que, con las costas de la alzada á la parte apelante, se confirma la del Juzgado, que declaró que la Comunidad demandada está obligada á dar á Don Carlos Gómez Samper el 40 por 100 de lo que cobre por atrasos en lo correspondiente á la misma en las láminas que debe percibir del Estado y ha sido la cuestión en este pleito, sin expresa condena de costas de primera instancia:

Resultando que la Comunidad de Presbíteros de Tárrega, con el depósito de 1.000 pesetas, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, como comprendido en los números 1.° y 7.° del art. 1692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando los siguientes motivos:

Primero. Ser nulo, según el art. 1259 del Código civil, el contrato celebrado á nombre de otro en cuanto no lo sea por representante legal ó autorizado particularmente, y aunque por las Constituciones 4.ª y 5.ª de la Comunidad de Presbíteros de Tárrega, el Presidente de la misma no puede por sí solo apoderar á persona alguna, ni disponer de suma mayor de 10 libras, necesitando para lo uno y lo otro acuerdo de la mayoría de la Comunidad, correspondiendo probar tal acuerdo al que lo afirma y en mérito de él demanda, en el caso presente la sentencia condena á la Comunidad, entendiendo que ha podido obligarla una carta de su Presidente solo, en que ofrece lo que no puede, nada menos que el 40 por 100 de débitos por intereses, en virtud de un acuerdo que se ha negado y no ha podido probarse:

Segundo. Error de derecho, por infracción de la doctrina citada, de que la prueba corresponde al que afirma y demanda, del art. 1214 del Código civil, que sanciona tal doctrina, y de los 1215, 1218 y 1225, que declaran la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados; por cuanto Samper no ha probado que la Comunidad de Presbíteros tomase el acuerdo ofreciéndole el 40 por 100, constando del libro de actas que no se tomó tal acuerdo, ni ha probado tampoco que el Presidente pudiera comprometer por sí solo á la Comunidad, y de las Constituciones números 4.° y 5.° de las autorizadas en Solsona resulta todo lo contrario; y toda vez que en el poder, único contrato, no se halla ratificada, como debió serlo, tal oferta, para que obligase á los Presbíteros, la sentencia, que en tales condiciones, sin que el demandante, á quien correspondía, haya hecho ni intentado siquiera mayor prueba, condena á la Comunidad, entendiendo que la obliga la oferta de su Presidente, y que ésta fué ratificada por un poder en que ni aun se alude á ella, comete la infracción y el error que denuncia este motivo:

Tercero. Infracción del art. 1711 del Código civil, que admite la presunción de que el mandato es retribuído cuando el mandatario tiene por ocupación prestar tales servicios, y fuera de este caso, sólo le concede el art. 1728 el derecho de cobrar los gastos é intereses legales, si los hubiese anticipado; porque como Gómez Samper no ha probado que su ocu-

pación sea la de hacer esta clase de mandatos, sólo ha podido reconocérsele el derecho á cobrar las expensas del conferido en el poder de 24 de Julio de 1892 é intereses de su importe, si es que lo anticipó; y como no es esto lo que se le reconoce, sino que se condena al demandante á abonar el 40 por 100 de los intereses percibidos, la sentencia recurrida infringe los citados artículos 1711 y 1728 del Código civil:

Cuarto. La infracción del contrato que se supone contenido en la carta de 11 de Febrero de 1892; pues bien claramente se deduce de su contexto que si D. Magín Pons, obrando por sí solo, ofreció el 40 por 100 á Samper, fué bajo la condición ó en el supuesto de que éste efectuara el cobro, no en el caso de que lo gestionara inútilmente, y como después de cuatro años invertidos en lo que se creyó lograr en menos de uno, ha sido otro intermediario y no Gómez Samper quien ha efectuado el cobro, aun en el supuesto de que la carta obligase á la Comunidad, la sentencia no ha podido condenarla sin infringir el contrato, mandando pagar á quien no efectuó el cobro, después de haberse pagado á quien logró hacerlo efectivo:

Quinto. Infringir asimismo la sentencia recurrida el art. 1278 del Código civil, por el que los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, y el principio universal de derecho aceptado por este Supremo Tribunal de que nadie puede ir contra sus propios actos, válidamente ejecutados, puesto que, según los dos últimos considerandos de aquélla, las cartas fechas de 26 de Diciembre de 1895 y 3 de Febrero y 3 de Mayo del 96, y uno de los hechos de la réplica, Samper convino en cobrar la mitad de los rendimientos que le hubieran correspondido de obtener el resultado que obtuvo el segundo mandatario; y no obstante esto, condena á pagarle por entero, sin perjuicio de que la Comunidad haya también pagado al mandatario que logró el éxito; y

Sexto. Error de derecho en la apreciación de la prueba, por infringir los artículos 549 y 565 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuyo tenor y la doctrina repetidamente sentada por este Tribunal Supremo, quedan relevados de prueba y equivalen á confesión los hechos admitidos en contestación y réplica, é infracción también del art. 1225 del Código civil, que declara la fuerza probatoria de los documentos privados; dado que resulta el consentimiento de Samper en cobrar el 20 por 100, ó por lo menos en no cobrar el 40, y que de ellos se hiciera alguna rebaja; no obstante lo cual, la sentencia estima que no fué de modo formal y eficaz el consentimiento en dicha rebaja, y condena á la Comunidad á que pague todos los emolumentos, como si el Gómez Samper hubiere hecho toda la obra y logrado el éxito para el que se fijó la recompensa.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que la Audiencia, teniendo en cuenta el reconocimiento que de la carta de Pons á Samper hicieron los Presbíteros de la Comunidad demandada, la ratificación que de dicha carta hicieron en la escritura pública de poder, las cartas del Prelado de Solsona, reconociendo los servicios prestados por Samper y proponiendo la rebaja de la retribución al 20 por 100 y demás prueba aportada á los autos, aprecia que al conferir el Presidente de la Comunidad, señor Pons, á Gómez Samper el mandato para que gestionara la conmutación de bienes en las oficinas de Hacienda, con la retribución del 40 por 100 de los atrasos, lo hizo con conocimiento y de acuerdo con la Comunidad; por la cual es ineficaz la impugnación que de dicha estimación de prueba se hace en los dos primeros motivos del recurso, no existiendo las infracciones que se alegan,

ni el supuesto error de derecho, basados en afirmaciones contrarias á las de la Audiencia:

Considerando que lo sentado en el anterior considerando hace inaplicables los artículos del Código civil que se alegan en el tercer motivo como infringidos, toda vez que está probado que el mandato conferido á Gómez Samper era retribuído; y que no se infringe el contrato, cual se supone en el cuarto motivo, puesto que se declara probada la incesante gestion de Samper en las oficinas de Hacienda hasta conseguir el reconocimiento por ésta del crédito que reclama la Comunidad, sin que mediara otro agente, no cobrando él por haber revocado el poder cuando había de verificarse, faltando la Comunidad á lo convenido y causándole los perjuicios consiguientes:

Considerando que en la sentencia recurrida se declara que en modo alguno consta que Samper conviniera formalmente y de manera eficaz en derecho en la rebaja del precio convenido por sus servicios como mandatario, apreciación hecha teniendo en cuenta las cartas del Prelado, los escritos de Samper y demás elementos de prueba, sin que se demuestre haber infringido el art. 1278 del Código civil y principio de derecho que se invoca en el quinto motivo, ni se comete el error de hecho alegado en el sexto, toda vez que no existe la confesión que se supone por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Presbíteros de Tárrega, á la que condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, al que se dará la aplicación prevenida por la ley, y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de esta corte devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=Francisco Toda.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar: José de Aldecoa.=Pedro Lavín.=Ricardo Molina.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 29 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

Núm. 122.—TRIBUNAL SUPREMO.—29 de Marzo, pub. el 14 de Abril.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.—*Adjudicación de bienes de capellanía.*—Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por D. Vicente de Mestas, contra la pronunciada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, en pleito con Doña Amalia de la Torre y otros.

En sus CONSIDERANDOS se establece:

Que es improcedente promover en casación cuestiones no discutidas en el pleito:

Que transmitido el derecho á los bienes de una capellanía con arreglo al art. 1.º de la ley de 15 de Junio de 1856, sin haberse pedido su adjudicación dentro de los plazos fijados en el art. 3.º de

dicha ley, ni aun después de transcurridos éstos, queda como subsistente la mencionada capellanía, conforme al artículo 4.º del convenio de 24 de Junio de 1867:

Que no son de estimar los motivos del recurso referentes á considerandos no decisivos del fallo:

Que las reglas de la fundación son ley tratándose de la adjudicación de bienes de capellanía.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Marzo de 1899, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Llanes y la sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por Doña Amalia de la Torre Mier, propietaria, vecina de Abándames, de una parte; de otra, Doña María de Mier Prieto, propietaria, y de otra, D. Pedro José Ardines, D. Emeterio Antón Sánchez, por sí y como marido de Doña Gumersinda Mestas Díaz; D. Vicente Mestas Díaz; D. Angel Ardines González; D. José Mestas Díaz; D. Antonio Alonso Mestas y su esposa Doña Crisanta Mestas Díaz; D. Francisco Mestas Díaz; D. Mariano Niembro Mestas, por sí, como marido de Doña María Mestas Díaz y en concepto de tutor de sus hermanas Soledad y Leoncia Niembro Mestas; D. Agapito Corces López, como marido de doña Isabel Mestas Díaz; Doña Ursula Alonso Mestas; D. Serafín Alonso Alonso, como marido de Doña Cunegunda Mestas Díaz; D. Manuel Huerta Huerdo, como marido de Doña Rosa Díaz Mestas; D. Santiago de Caso Enterría, como representante de su hijo D. Juan de Caso Díaz; Doña Rosa Díaz González, como madre de D. Nicolás Mestas Díaz; Doña Dolores y D. Rafael Alvarez Díaz, éste como padre de D. Francisco, Doña Valentina y Doña Hermeninda Alvarez Díaz, menores de edad; D. Juan Enterría González, como marido de Doña Leonida Niembro Mestas, y D. Juan Antonio Mestas, labradores todos, á excepción de D. Emeterio, que es Oficial del Ejército, vecinos del citado pueblo de Arenas, menos D. Pedro José Ardines, que lo es de Pao, y Doña Rosa Díaz Mestas y su marido, que lo son de Carreño, sobre adjudicación de bienes de la capellanía de San Juan Bautista de Arenas; cuyos autos, en que ha sido también parte de la representación del Estado, penden ante Nos, en recurso de casación por infracción de ley que han interpuesto D. Vicente de Mestas Díaz y los que con él litigan, oponiéndose á las pretensiones deducidas en el pleito por Doña Amalia de la Torre Mier, Doña María de Mier Prieto y el Abogado del Estado, excepto D. Juan Enterría y D. Juan Antonio de Mestas, representados por el Procurador D. Luis Montiel y Bonache y defendidos por el Abogado D. Antonio Rentero y Villota; estándolo Doña María Mier Prieto por el Procurador D. Francisco Miranda y García Cernuda y el Letrado D. Marcelo Cervino; no habiéndose personado en este Tribunal Supremo Doña Amalia de la Torre Mier:

Resultando que D. Juan de Mestas Cossío, en testamento otorgado el 29 de Marzo de 1728, fundó una capellanía, bajo la advocación de San Juan Bautista, en el pueblo de Arenas, imponiendo ó asignándole un capital de 3.400 ducados para adquirir bienes afectos á dicha capellanía en la forma siguiente: 1.400 ducados que se habían de emplear en bienes de los lugares de Mogrovejo, Redotonario y Liébana, provincia de Santander; 1.000 ducados de censos de los que en aquel tiempo poseía el fundador, y por último, otros 1.000 ducados que se habían de emplear en bienes raíces sitos en Arenas, con el caudal que trajese Don Fernando Antonio de Mestas, hermano y sucesor del fundador; impuso á los bienes de la capellanía varias cargas eclesiásticas, entre otras, la de

celebrar perpetuamente cada año 33 misas y una que se había de decir precisamente el día de San Juan Bautista en la ermita del Santo de esta advocación que existía en el citado pueblo de Arenas, imponiendo la obligación de celebrarlas al Capellán que se nombrase, ó en caso de ausencia, lo hiciera la persona que él designara y á la disposición del Abad que fuese de Santa María de Llas; señaló como estipendio para cada una de las 33 misas el precio de 3 reales y 5 para la que debía celebrarse el día de San Juan; estableció el orden de sucesión entre su familia, para el ejercicio de los derechos de patronato, comenzando por nombrarse tal patrono, y designando para que en él le sucediera después de su fallecimiento, á su hijo primogénito D. Juan Antonio de Mestas Laso y sus descendientes, y extinguida la línea, á los descendientes de sus otros hijos D. Francisco José, Doña María Clara y Doña María Teresa Mestas Laso, que sucedieran en el vínculo y mayorazgo que en la propia disposición testamentaria fundaba:

Resultando que Doña Amalia de la Torre y Mier, con escrito de fecha 27 de Febrero de 1895, acudió al Juzgado de primera instancia de Llanes, con la pretensión de que se la adjudicaran los bienes que constituían la mencionada capellanía en concepto de libres, con la obligación de conmutar ó redimir las cargas á que se hallaban afectos, alegando en apoyo de la mencionada pretensión: haber fallecido sin sucesión, el 28 de Octubre de 1892, Doña Amalia Mier Mestas, última poseedora de los bienes de la capellanía, como descendiente legítima de D. Juan Antonio de Mestas Laso, hijo primogénito del fundador, correspondiendo, por tanto, los expresados bienes á Doña Amalia de la Torre, descendiente por línea recta de Doña Teresa de Mestas Laso, última de los hijos de Don Juan Mestas Cossío, pues las otras dos fallecieron sin sucesión legítima conocida; invocó en los fundamentos legales los artículos 1.º y 2.º de la ley de 19 de Agosto de 1841, el convenio-ley de 24 de Junio de 1867, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 18 de Febrero, 15 de Marzo y 4 de Mayo de 1881 y 17 de Febrero del 82, que establecen ser de aplicación la citada ley del 41 por no haber sido modificada en el convenio del 67; y acompañó á dicho escrito las partidas sacramentales que justificaban su genealogía:

Resultando que publicados edictos para llamar á los que se creyeran con derecho á los bienes de la capellanía, y conferido traslado al Abogado del Estado de la demanda, se opuso á ella, por entender que Doña Amalia de la Torre y Mier no había justificado ser sucesora en el mayorazgo fundado por D. Juan de Mestas Cossío, el cual no había llamado á sus parientes para obtener la capellanía, y siendo familiar el patronato, sólo tenían derecho á pedir la adjudicación, en concepto de libres, de los bienes de la expresada capellanía, los llamados á ejercerlo, con arreglo á lo dispuesto en el art. 4.º de la ley de 19 de Agosto de 1841:

Resultando que Doña María de Mier y Prieto se personó también en autos con la pretensión de que se declarase en definitiva que tenía preferente derecho á los bienes de la capellanía colativa familiar de San Juan Bautista de Arenas, que fundó D. Juan de Mestas Cossío, adjudicándola en concepto de libres los que constituían la fundación, con la obligación de redimir las cargas eclesiásticas que tenía impuestas, y á que en todo caso, y como carga real eran responsables:

Resultando que para sostener su pretensión Doña María de Mier Prieto expuso sustancialmente como hechos: haber sucedido por virtud de las cláusulas del testamento en el vínculo, y en consecuencia en el patronato de la capellanía fundados por D. Juan de Mestas Cossío, su

hijo D. Juan Antonio de Mestas Laso, la hija de éste, Doña Toribia de Mestas y Mier, á quien reemplazó D. Ramón Mier y Mestas, y por su fallecimiento la hija legítima de D. Ramón, á quien á su muerte sin sucesión había sustituído la alegante Doña María de Mier y Prieto, según justificaba con los documentos acompañados á la demanda, que acreditaban que la Doña María de Mier era hija natural de D. Ramón Mier y Mestas y se hallaba en cuarto grado de parentesco en línea recta con el fundador; ser cierto que Doña Amalia de Mier y Mestas poseyó, á la muerte de su padre legítimo D. Ramón, el vínculo y la capellanía; pero habiendo fallecido en 28 de Octubre del 92, abintestato, pasó, por ministerio de la ley, á la alegante Doña María de Mier la posesión civil de los expresados bienes; no haberse extinguido la línea del primogénito del fundador, pues subsiste en la alegante, aparte de que Doña Amalia de la Torre no tenía derecho alguno á la capellanía de que se trata por estar otras dos líneas delante, sin contar con la del primogénito, y tener instado en el Obispado el expediente de conmutación; y adujo en las alegaciones de derecho la cita de la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1848, y de los artículos 1.°, 2.°, 10 y 11 de la ley de 19 de Agosto de 1841, presentando varios documentos:

Resultando que por haberse opuesto el Abogado del Estado á la adjudicación de los bienes, y no habiéndose avenido las partes en la junta celebrada al efecto, se entregaron los autos á Doña Amalia de la Torre, que los devolvió, reproduciendo en lo sustancial el escrito que presentó el 27 de Febrero de 1895, agregando que el fundador D. Juan de Mestas Cossío expresó su voluntad de que le sucediera en el mayorazgo y capellanía su hijo primogénito D. Juan Antonio de Mestas, y á falta de éste, por su fallecimiento, sus descendientes legítimos, á pesar de lo que Doña María de Mier Prieto solicitaba suceder en concepto de hija natural de D. Ramón de Mier, descendiente del fundador por la línea del hijo primogénito:

Resultando que Doña María Prieto contestó la demanda pidiendo, además de reproducir la solicitud que ya tenía formulada, se desestimase aquélla é impusieran las costas á la demandante, por lo cual reprodujo lo que ya tenía consignado, y sostuvo que no era cierto se exigiera en la fundación la condición de legitimidad en los sucesores del primogénito D. Juan Antonio de Mestas, en el que se suponía de contrario, y no haberse extinguido las líneas anteriores á la de que decía descender Doña Amalia de la Torre:

Resultando que D. Vicente Mestas Díaz, como marido de Doña Gumersinda Mestas Díaz; D. Pedro José Ardines, D. Emeterio Antonio Sánchez, D. Angel Ardines González, D. José Mestas Díaz, D. Antonio Alonso Mestas y su esposa Doña Crisanta Mestas Díaz, D. Francisco Mestas Díaz, D. Mariano Niembro Mestas, por sí, como marido de Doña María Mestas Díaz y en concepto de tutor de sus hermanas Doña Soledad y Doña Leoncia Niembro Mestas; D. Agapito Corces López, como marido de Doña Isabel Mestas Díaz; Doña Ursula Alonso Mestas, D. Serafín Alonso Alonso, como marido de Doña Cunegunda Mestas Díaz; Don Manuel Huerta Huerdo, como marido de Doña Rosa Díaz Mestas; Don Santiago de Caso Enterría, como representante legal de su hijo D. Juan de Caso Díaz; Doña Rosa Díaz González, como madre de D. Nicolás de Mestas Díaz; Doña Dolores Alvarez Díaz, D. Rafael Alvarez Díaz, en concepto de padre de D. Francisco, Doña Valentina y Doña Hermeninda Alvarez Díaz; D. Juan Enterría González, en representanción de su mujer Doña Leonina Niembro Mestas, y D. Juan Antonio de Mestas, bajo una sola dirección, se personaron en autos y contestaron la demanda,

con la súplica de que se declarase que tenían derecho á los bienes que constituían la dotación de la capellanía objeto de autos, con preferencia á los otros opositores, Doña Amalia de la Torre Mier y Doña María de Mier Prieto, en razón á ser herederos de Doña Juana de Mestas Cossío, quien á su vez lo era abintestato de su hija legítima Doña Amalia de Mier Mestas, que como hija legítima y primogénita sucedió en los vínculos y patronatos fundados por D. Juan de Mestas á su padre D Ramón de Mier, poseedor de ellos desde antes de 1841 hasta el día de su fallecimiento, ocurrido el 14 de Mayo de 1859, y en consecuencia, se les adjudicarán como libres los mencionados bienes, con obligación de redimir las cargas eclesiásticas que les afecten, desestimando, por lo tanto, las pretensiones análogas formuladas por Doña Amalia de la Torre Mier y Doña María de Mier Prieto, á quienes debía condenarse en las costas:

Resultando que en apoyo de dicha pretensión sostuvieron los prenombrados opositores, á más de otros hechos ya enunciados anteriormente: ser ciertos los consignados en los escritos de Doña Amalia de la Torre y de Doña María de Mier así como que ésta era hija natural de D. Ramón Mier; que dicho D. Ramón falleció el 14 de Mayo de 1859, sucediéndole en el mayorazgo y patronato de que se trata su hija legítima y primogénita Doña Amalia de Mier Mestas, que pagó como su padre el estipendio de las misas, y de quien por haber fallecido sin sucesión, abintestato, fué declarada heredera en auto del Juzgado de Llanes de 10 de Junio de 1894 su madre Doña Juana de Mestas Cossío; y haber sucedido á dicha Doña Juana de Mestas los alegantes por virtud de testamento otorgado á modo de cédula, que después fué elevado á escritura pública y mandado protocolizar, el que acompañaban, así como otros documentos; y citaron las leyes de 19 de Agosto de 1841 y 15 de Junio de 1856, y el art. 36 de la instrucción de 25 de Julio de 1867:

Resultando que el Abogado del Estado, al evacuar el traslado que le fué conferido, se limitó á solicitar que cuando el Juzgado dictase sentencia no adjudicara libremente los bienes dotales, sino que se concretase á la declaración del preferente derecho á la conmutación ante el Diocesano, con arreglo á lo dispuesto en el art. 36 de la instrucción dictada para llevar á efecto el convenio-ley de 24 de Junio de 1867; y á su vez Doña Amalia de la Torre y Mier, al evacuar el traslado de réplica, reprodujo la súplica y alegaciones de su demanda, expresando además que D. Ramón de Mier y su hija Doña Amalia, descendientes del primogénito del fundador, no solicitaron en virtud de su derecho la adjudicación como libres, y que los opositores D. Vicente de Mestas y demás que litigaban bajo una dirección no tenían derecho preferente á la sucesión de los bienes de la capellanía, porque careciendo de la cualidad de descendientes legítimos de D. Juan de Mestas Cossío, pues sólo eran herederos testamentarios de Doña Juana de Mestas, no podían en manera alguna sostener con éxito la pretensión que formulaban, toda vez que sería infringir la voluntad del fundador, ley en la materia:

Resultando que Doña María de Mier y Prieto insistió asimismo en cuanto tenía expuesto, y añadió que, ora hubiese caducado el derecho de Doña Amalia Mier por su no ejercicio, ó bien lo hubiera transmitido á su madre y heredera Doña Juana de Mestas Cossío, en ambos casos lo ostentaría legítimamente Doña María de Mier Prieto: en el primero, como procedente de la línea del primogénito, y en el segundo, por la reserva troncal de la propiedad adquirida por ministerio de la ley, por ser ascendiente de su hija Doña Amalia, de la que es única pariente dentro del tercer grado de la línea de donde los bienes proceden, como

hermana natural de Doña Amalia; duplicando los demás litigantes sin adición sustancial:

Resultando que practicada por las partes prueba documental, el Juzgado, después de los demás trámites correspondientes, dictó sentencia, por la que, desestimando las pretensiones formuladas por Doña Amalia de la Torre y D. Pedro José Ardines y demás herederos de Doña Juana de Mestas, declaró que Doña María de Mier Prieto tiene preferente derecho á conmutar los bienes de la capellanía de San Juan Bautista de Arenas en la forma establecida en el convenio-ley de 24 de Junio é instrucción de 25 del mismo mes del año 1867, y á que se le adjudiquen; y mandó que una vez verificada la conmutación se le diera posesión de cuantos constituyen la dotación de la capellanía expresada, sin perjuicio de tercero, debiendo satisfacer la Doña María de Mier, por cuenta de los bienes que obtenga, las costas causadas en las actuaciones generales de los autos hasta el folio 148, sin expresa condena de las demás; é interpuesta apelación por Doña Amalia de la Torre y Mier y D. Pedro José Ardines y litissocios, se remitieron los autos á la Superioridad, en la que no se personó la Doña Amalia, presentando la otra parte apelante, al evacuar el traslado de instrucción, varios documentos, de los que juró no tenía noticia; y seguida la sustanciación, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, el 18 de Mayo de 1898 confirmó la sentencia del Juzgado, con imposición de las costas de la alzada á los apelantes:

Resultando que D. Vicente de Mestas Díaz y demás que han litigado unidos en los autos, menos D. Juan Enterría y D. Juan Antonio de Mestas, con el depósito de 1.000 pesetas han interpuesto recurso de casación, como comprendido en el núm. 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. La infracción de los artículos 1.° y 2.° de la ley de 11 de Octubre de 1820, por no haberse aplicado al declarar el derecho á los bienes de la fundación, y 1.° y 2.° de la de 19 de Agosto de 1841 sobre capellanías colativas, por haberse aplicado á una fundación que no se rige por ella, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal establecida en sentencias de 24 de Septiembre de 1864, igual día de Octubre de 1861, y otras muchas, según las que son patronatos de legos ó capellanías laicales y no colativas las fundaciones en que no interviene el Obispo ni en la designación de Capellanes ni en su remoción, ni en la adjudicación y administración de los bienes, ni sirven de título de ordenación, aunque el Obispo dé la colación canónica, pues si bien es condición importante de las capellanías colativas, no es la única ni la constituye por sí sola; por cuanto en la sentencia recurrida se califica erróneamente de capellanía colativa la fundación religiosa, siendo notoriamente un patronato de legos ó capellanía laical ó mercenaria, pues si bien no existen leyes que definan las capellanías colativas ni las laicales, hay que buscar la infracción en las doctrinas legales, dado que es muy vago citar como infringida la ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, que trata de la interpretación de las palabras de los testadores, conteniendo en cambio la doctrina invocada como infringida la determinación de la índole y nombre técnico de la fundación que se litiga; toda vez que la sentencia de 24 de Septiembre de 1864, dictada en un pleito en que se discutía si una capellanía era colativa ó laical, la estimó colativa porque los Capellanes habían obtenido siempre la colación canónica y el fundador había mandado se inscribiera en los libros de la Catedral de Murcia y se pusieran los bienes bajo la vigilancia de la Autoridad eclesiástica; declarándose en dicha sentencia que *entre los caracteres* de las capellanías colativas se encuentra en primer término el de que los presentados obtengan del Dioce-

sano el título y colación para poseer los bienes; y como en el caso de autos el fundador ruega al Obispo que dé á los nombrados la institución autorizable, la Sala sentenciadora ha incurrido en el error de creer que con solo tal condición puede una capellanía ser colativa, aunque no tenga otra ninguna, á pesar de que bien claro dice la aludida sentencia *que entre los caracteres ... figura en primer término ...*, lo cual quiere decir que si bien no puede haber capellanía colativa sin colación canónica, puede existir colación canónica sin constituir capellanía colativa; y en la sentencia de 24 de Octubre de 1861, dictada en un asunto en que se trataba de una capellanía en que varios Capellanes habían obtenido la colación canónica, alguno se había ordenado á título de ella y se habían declarado espiritualizados los bienes, estado en que se encontraban al fallecer el último Capellán en 1852; pero como la capellanía no fué erigida en beneficio eclesiástico, se hacía el nombramiento de Capellanes sin intervención del Obispo, y sin ella podía el patrono remover los nombrados, entendió este Tribunal Supremo que se trataba de un mero patronato laical comprendido en la ley de 1820; deduciéndose de las mencionadas sentencias y de otras que han resuelto casos análogos en el mismo sentido, que la colación canónica no constituye por sí sola capellanía colativa si los demás caracteres de la fundación son de patronato laical, y que así como la erección de una capellanía en beneficio eclesiástico, la inscripción de los bienes en los libros de la Iglesia, ó sea su espiritualización, y la colación canónica constituyen la capellanía colativa, la libertad de nombramiento y remoción de Capellanes, y la facultad de cumplir las cargas piadosas sin nombramiento de Capellanes, son caracteres notorios de los patronatos de legos ó capellanías laicales, mercenarias ó cumplideras, puesto que con todos esos nombres son designadas; descononociendo ó infringiendo tal doctrina la Sala sentenciadora, pues había de fallar sobre derecho á los bienes de una fundación en que el Capellán se nombraba y removía á voluntad del patrono, y en que se fija estipendio á las misas para que el patrono las pague si no hubiese Capellán ó no fuese sacerdote; no habiendo en los autos, al menos según las sentencias y el apuntamiento, noticia ni indicio siquiera de que á algún Capellán se le haya dado colación canónica, sino que, por el contrario, consta que el último poseedor, D. Ramón de Mier y su inmediata sucesora Doña Amalia de Mier y Mestas, durante muchos años, desde 1846, poseyeron los bienes y pagaron el estipendio de las misas sin nombrar Capellán; á pesar de lo cual, sin duda por aquel ruego, no llegado á cumplir, que en la fundación se hacía al Obispo de que diera la colación canónica á los Capellanes, califica la sentencia la fundación de capellanía colativa, y adjudica los bienes pretendiendo aplicar la ley de 19 de Agosto de 1841, dando lugar con ello á todas las discusiones é involucraciones de este pleito, que era tan sencillo, una vez conocida la condición de patronato de legos en la fundación; pues aplicando la ley de 1820, D. Ramón de Mier que lo poseía desde 1795, hizo suya la mitad de los bienes en concepto de libres desde el 30 de Agosto de 1836, y tuvo obligación de reservar la otra mitad para su hija y sucesora Doña Amalia de Mier y Mestas, quien la adquirió al fallecimiento de su padre en 14 de Mayo de 1859, ya en concepto de absolutamente libre, como adquiriría la otra mitad en concepto de herencia, y habiendo fallecido Doña Amalia en 1892, sin sucesión, viviendo su madre Doña Juana de Mestas, que fué su heredera, y de quien lo han sido por testamento los recurrentes; sin que hubiera que estudiar ni aplicar la ley de 1841 ni la de 1856, sino sencillamente reconocer que el vínculo había desaparecido, y que ya no había, desde 1859, más que unos bienes libres con una carga de mi-

sas; siendo excusadas la cuestión de si una hija natural podía suceder en una fundación instituída para la sucesión legítima y las demás traídas al pleito, como así vino á reconocerlo la misma hija natural Doña María Mier Prieto, pues contradiciendo sus propios argumentos, reclamó á última hora el derecho de reserva del art. 811 del Código civil; y como éste sólo se puede reclamar sobre bienes libres confesó así que lo eran los litigiosos, aparte de lo descabellado de tal derecho, aplicando á una persona que no tenía el de heredar; pero como la Sala sentenciadora había prescindido de tal cuestión, y Doña Maria aceptó la sentencia, no había para qué ocuparse de ella:

Segundo. Porque en el erróneo supuesto que sirve de base á la sentencia recurrida, de ser la fundación de D. Juan de Mestas como una capellanía colativa, ha infringido los arts. 1.° y 3.° de la ley de 15 de Junio de 1856, que establecen que los individuos que, con arreglo á la de 1841, tenían derecho á los bienes de capellanías colativas en esta última fecha y murieron sin ejercitarlo, lo transmitieron á sus herederos, y que los interesados que no reclamaron la adjudicación de los bienes dentro de los veinte años siguientes á la publicación de la ley de 1841, lo transmitieron á los siguientes en grado, que habían de ejercitarlo dentro de los cuatro años; y la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 13 de Abril de 1863, igual día de Noviembre del 65, 22 de Mayo del 80, y muy especialmente las de 6 de Diciembre de 1886 y 29 del mismo mes del 88, según las cuales, el derecho de reclamar la adjudicación de los bienes se conserva hasta cuatro años después de la ejecución, y la transmisión del derecho se verifica en los *herederos* y no en los *sucesores*, cuya doctrina infringió el Juzgado de primera instancia, sin comentar la ley de 1856; pero la Sala sentenciadora, que dedica un considerando á explicarla, lo hace con tan notorio error, que supone que los veinte y los cuatro años espiraban en 1860, siendo así que los veinte alcanzaban hasta 1861, cinco después de la ley, consistiendo el concepto de la infracción alegada en que aquella ley dijo intencionadamente que el derecho se transmita á los *herederos,* sin decir á los sucesores, á pesar de lo cual, la sentencia da por buena la adjudicación de los bienes á Doña María Mier y Prieto que por ser hija natural, en concurrencia con hijos legítimos, no podía ser heredera, ni lo fué, de D. Ramón Mier, ni podía, por ser ilegítima, suceder en un patronato fundado para los legítimos, supone perdido el derecho por haber transcurrido los cuatro años sin pedirse la adjudicación, y declara implícitamente los bienes del Estado, sin echar de ver que aquí no ha habido ni adjudicación ni ejecución de donde arrancara ese término de los cuatro años; demostrando la sentencia de 6 de Diciembre de 1886, dictada en caso análogo al presente en el que, aunque se trataba de una capellanía notoriamente colativa, no se habían reclamado los bienes hasta 1882, y venía á ser adjudicatorio, no un individuo de la familia del fundador, sino la madre de un legatario del que tenía derecho á los bienes en 1841, á favor de la que se resolvió el pleito, fundándose, no sólo en la ley de 15 de Junio de 1856, sino también en las de Partida, que establecen que *es contada como una sola persona la del heredero ó la de aquel á quien heredó*, que no era obstáculo en el caso de autos que los herederos de Doña Juana de Mestas no fueran de la familia del fundador—lo que tampoco es cierto ni está probado—para que, representando por su causante Doña Juana el derecho que tuvieron y transmitieron Doña Amalia de Mier y su padre D. Ramón, fueran adjudicatarios de los bienes con preferencia á la hija natural del Don Ramón, que ni fué heredera ni podía ser sucesora, y como ni uno

ni otra entendieron jamás que la fundación aneja al vínculo de Mestas, que poseyeron, fuera una capellanía colativa, no tuvieron para qué pedir la adjudicación de unos bienes que poseían libremente, y por los que venían pagando las cargas piadosas antes y después de la ley de 1856, sin intervención de Autoridad eclesiástica ninguna; circunstancia de la que se quiere valer la sentencia recurrida para hacer perder el derecho á los causahabientes de aquéllos, y declarar los bienes del Estado y por ahora de una hija ilegítima, sin tener en cuenta, después de todo, que las leyes de 1841 y 1856 quedaron sujetas al Concordato de 1867; y

Tercero. Porque en el mismo supuesto erróneo de que procediera aplicar á este caso las leyes de 19 de Agosto de 1841 y 15 de Junio de 1856, se infringen en la sentencia recurrida los citados artículos 1.° y 3.° de la última de dichas leyes, bajo otro concepto del alegado en el motivo anterior, por cuanto se establece que ninguno de los litigantes ha justificado haber cumplido las condiciones del art. 3.° para no perder el derecho, y que, en consecuencia, los bienes debieran declararse del Estado, lo que no se hace porque no es objeto del pleito, pues el mismo Abogado del Estado no se ha atrevido á pedirlo; siendo la consecuencia lógica de esto, si fuera aceptable en derecho, la de que debía absolver de la demanda á los que tienen los bienes en su poder, que son precisamente los recurrentes; pero decir que nadie ha justificado que conserve derecho á la adjudicación, y mandar que se arrebaten á los que los tienen y se entreguen á otro de los opositores, es infringuir abiertamente aquella ley, aconsejando explícitamente la infracción.

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Toda:

Considerando que no ha sido objeto de discusión en el pleito la calificación legal de la capellanía de que se trata, pretendiendo así el demandante como el demandado la aplicación de las leyes del 41 y del 56 que se refieren á las capellanías colativas, por lo cual no es permitido promover dicha cuestión en el recurso como nueva, dándose otro aspecto á la defensa, según ley y reiterada jurisprudencia de este Supremo Tribunal, no habiéndose podido infringir consiguientemente por inaplicables los artículos de la ley de 11 de Octubre de 1820 que se invocan en el motivo primero.

Considerando, en cuanto al motivo segundo, que según el art. 1.° de la ley de 15 de Junio de 1856, el derecho á los bienes de la capellanía que D. Ramón Mier tenía en 1841 fué transmitido á su hija legítima y heredera Doña Amalia, y por muerte de ésta pasó á los suyos, sin haberse pedido su adjudicación por aquél ni éstos dentro de los plazos fijados en el art. 3.° de dicha ley, ni aun después de transcurridos éstos, en cuyo caso quedó la capellanía como subsistente, con arreglo á lo prescrito en el art. 4.° del convenio de 24 de Junio de 1867, y que tratándose en este pleito de la reclamación de los bienes de la capellanía por lo establecido en la fundación para redimir las cargas eclesiásticas que les afectan, la Audiencia ha estimado que Doña María de Mier tiene preferente derecho á ellos por el resultado de las pruebas, sin que contra esta apreciación se haya alegado en debida forma infracción alguna:

Considerando que tampoco existe la infracción de las repetidas leyes del 41 y 56 bajo el aspecto que se invocan en el motivo tercero, porque aparte de que se refiere á un considerando de la sentencia recurrida, cuyo razonamiento no es el decisivo del fallo, la Audiencia ha estimado, según queda expuesto, el preferente derecho de la recurrida á los mencionados bienes por las reglas de la fundación, que es la ley en este caso:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Vicente de Mestas Díaz y demás correcurrentes, á quienes condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, al que se dará la aplicación prevenida por la ley; y líbrese la oportuna certificación á la Audiencia de Oviedo, devolviéndola el apuntamiento que tiene remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta* é insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.=José de Aldecoa.=Ricardo Gullón.=José de Garnica.=Francisco Toda.=El Magistrado Sr. Lassús votó en Sala y no pudo firmar.=José de Aldecoa.=Joaquín González de la Peña.=Vicente de Piniés.

Publicación.=Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Toda, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la Sala de lo civil en el día de hoy, de que certifico como Relator Secretario de la misma.

Madrid 29 de Marzo de 1899.=Licenciado Hilario María González y Torres.

FIN DEL TOMO 86

ÍNDICE CRONOLÓGICO

DE LAS

SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES

DICTADAS DESDE ENERO Á MARZO DE 1899

TRIBUNAL SUPREMO

GRACIA Y JUSTICIA.—Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado.

FÍN DEL ÍNDICE CRONOLÓGICO

REPERTORIO ALFABÉTICO

DE LAS

SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES

DICTADAS DESDE ENERO Á MARZO DE 1899 (*)

A

(*) Explicación de las abreviaturas empleadas en este Repertorio: *V.*, quiere decir véase; *C.*, casación; *Comp.*, competencia; *R. H.*, resolución hipotecaria.

B

C

Páginas.

A los referidos preceptos legales no pueden oponerse con éxito alegaciones sobre vaguedad ó insuficiencia, ó de que la mera veciudad no sea bastante para perder el fuero, puesto que su sentido se halla corroborado y aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si no se requiere estar á la sentencia que en 27 de Noviembre de 1868 declaró que para resolver la cuestión de fuero era suficiente la residencia con casa abierta por el tiempo marcado en las disposiciones vigentes, habrá que atenerse á la de 29 de Marzo de 1892, expresiva de que habría de estimarse variado el estatuto personal de origen cuando á la residencia se añadiera el propósito más ó menos ostensible: circunstancias ambas que concurren en el caso mencionado.

Por lo que antecede, habiendo dejado de ser aforado dicho finado, y sometiéndose ostensiblemente á la legislación común antes de la promulgación del Código civil, no ha podido la sentencia que así lo establece infringir el art. 15 de aquel cuerpo legal, ni las leyes 10, 11 y 12, tít. 13, libro 2.° de la Novísima Recopilación de Navarra, y 5.ª, tít. 7.°, libro 3.° del Fuero general de dicha provincia, ni los artículos 1.° de la ley de 25 de Octubre de 1839, 2.° de la de 16 de Agosto de 1841, y 3.°, 5.°, 9.°, 10, 11, 12, 13 y 14 del Código civil, puesto que era anterior á éste la clara situación del difunto, y nunca sería admisible el supuesto implícito de que el art. 15 y los con él relacionados hubieran venido á declarar sin efecto, y mucho menos con el retroactivo, el estatuto que, en relación con la legislación foral, tuvieran ya adquirido los ciudadanos, contradiciendo los principios más fundamentales de aplicación del derecho, y el contenido de las dos primeras bases de la ley de 11 de Mayo de 1888 (C., núm. 45.—7 de Febrero de 1899)........................ 183

Expediente posesorio.—V. *Inscripción.*

F

Factor de comercio.—Las participaciones que suelen dar los comerciantes á sus factores ó dependientes en los productos de sus empresas mercantiles, ó de alguna determinada, no constituyen donación en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que antes bien obedecen á un móvil interesado, cual es el de recabar por el estímulo de la ganancia una cooperación más activa é inteligente que la que humanamente puede esperarse de la retribución fija, no acompañada de futuras aunque aleatorias ventajas.

Estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 10, tít. 12, libro 3.° del Fuero Real; 4.ª y 6.ª, tít. 4.°, Partida 5.ª, y los arts. 618, 623, 629, 632, 635, 1583 y 1711 del Código civil (C., núm. 65.—16 de Febrero de 1899).................. 298

Ferrocarriles.—No cabe admitir que lo prescrito en el art. 3.° de la ley de 19 de Septiembre de 1896 se halle subordinado al otorgamiento de la prórroga, porque no se hace directa ni indirectamente indicación alguna relativa á la misma, ni á la con-

I

Hipotecaria, el heredero que no puede presentarlo inmediatamente en el Registro, bien por estar pendiente la testamentaría, bien por hallarse terminada por convenio privado, sin que, por otra parte, sea obligatorio justificar esta imposibilidad, según ha declarado la Dirección general en la Resolución de 6 de Junio de 1896.

Procede suspender la inscripción de un expediente posesorio, si adolece del defecto subsanable de estar las fincas amillaradas á nombre de persona distinta del actual poseedor, y no reunir los requisitos exigidos por el art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877, los recibos de contribución presentados por el interesado.

Según los artículos 9.º y 398 de la ley Hipotecaria, el hecho de que el heredero ha adquisido las fincas de su causante, es el que ha de consignarse necesariamente en el escrito en que se pida la admisión de la información y en la inscripción de posesión.

La subsanación de las faltas atribuídas por el Registrador á los documentos, sólo puede obtenerse mediante la presentación de otros documentos ante el mismo funcionario, para que, previa su calificación, decida si con los últimos han desaparecido los obstáculos de que adolecían los primeros, y de ningún modo en los escritos de interposición del recurso, los cuales tienen por único objeto dejar sin efecto dicha calificación y la consiguiente negativa ó suspensión de inscripción.

El art. 402 de la ley Hipotecaria impone á los Registradores el deber de suspender la inscripción de los expedientes posesorios cuando hallasen algún asiento no cancelado que contradiga el hecho de la posesión, sin que baste para hacer desaparecer esta contradicción que el interesado alegue haber adquirido las fincas por herencia del que las tiene inscritas, porque esto no es susceptible de acreditarse en los expedientes posesorios, según ha declarado la Dirección general en Resolución de 13 de Junio de 1881.

Si bien es verdad que el referido art. 402 prescribe que cuando por esta causa se suspende la inscripción de los expedientes posesorios, el Registrador debe hacer anotación preventiva si la solicita el interesado, también es cierto que, según el art. 65 de la misma ley, se denegará la inscripción, sin poder verificar la anotación preventiva, cuando el título contenga algún defecto insubsanable (R. H., núm. 109.—21 de Marzo de 1899)... 487

—— V. *Cancelación*, *Documento inscrito* y *público*, *Impuesto de derechos reales* y *Registro mercantil*.

Interpretación de contrato.—V. *Prueba documental.*

Interpretación de testamento.—Para que proceda el recurso de casación por errónea interpretación de una cláusula testamentaria, es preciso que la aplicación de ésta se haya hecho contradiciendo manifiestamente la voluntad del testador, supuesta la claridad de sus términos ó la racional inteligencia que deba darse á la misma, según el sentido de otras que con ellas se relacionen.

No concurriendo estas circunstancias, no puede estimarse la

Páginas.

M

N

O

P

Páginas.

Páginas.

Q

R

Páginas.

Páginas.



V

FIN DEL REPERTORIO ALFABÉTICO

